

GIUSTIZIA PENALE IN CAMMINO STUDI E RICERCHE

Collana diretta da:

A. Gullo - S. Manacorda - V. Militello - L. Picotti - T. Rafaraci - E. Rosi

I NUOVI VOLTI DEL SISTEMA PENALE FRA COOPERAZIONE PUBBLICO-PRIVATO E MECCANISMI DI INTEGRAZIONE FRA *HARD LAW* E *SOFT LAW*

Atti del X corso di Formazione interdottoale di Diritto
e Procedura Penale "Giuliano Vassalli"
per Dottorandi e Dottori di ricerca

VIII convegno sezione giovani penalisti AIDP

a cura di

Antonio **GULLO** - Vincenzo **MILITELLO** - Tommaso **RAFARACI**

GIUSTIZIA PENALE IN CAMMINO

STUDI E RICERCHE

Collana diretta da:

A.Gullo - S. Manacorda - V. Militello - L. Picotti - T. Rafaraci - E. Rosi

COMITATO SCIENTIFICO

- Lorena Bachmaier Winter, Università Complutense di Madrid
- Martin Böse, Università di Bonn
- Agata Maria Ciavola, Università degli Studi di Enna "Kore"
- Mariavaleria del Tufo, Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli
- Massimo Donini, Sapienza Università di Roma
- Patricia Faraldo Cabana, Università di La Coruña
- Antonio Fiorella, Sapienza Università di Roma
- Giovanni Grasso, Università degli Studi di Catania
- Giulio Illuminati, Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"
- Roberto E. Kostoris, Università degli Studi di Padova
- Maria Riccarda Marchetti, Università degli Studi di Sassari
- Gabriele Marra, Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"
- Anna Maria Maugeri, Università degli Studi di Catania
- Sergio Moccia, Università degli Studi di Napoli Federico II
- Adan Nieto, Università di Castilla-La Mancha
- Renzo Orlandi, Università di Bologna "Alma Mater Studiorum"
- Tullio Padovani, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa
- Carlo Enrico Paliero, Università degli Studi di Milano
- Michele Papa, Università degli Studi di Firenze
- Raphaële Parizot, Università di Parigi Nanterre
- Mario Pisani, Università degli Studi di Milano
- Lucia Riscato, Università degli Studi di Messina
- Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina
- Rosaria Sicurella, Università degli Studi di Catania
- Giulio Ubertis, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano
- John Vervaele, Università di Utrecht
- Francesco Viganò, Università Bocconi, Milano

**GIUSTIZIA PENALE IN CAMMINO
STUDI E RICERCHE**

Collana diretta da:

A. Gullo - S. Manacorda - V. Militello - L. Picotti - T. Rafaraci - E. Rosi

**I NUOVI VOLTI DEL SISTEMA PENALE
FRA COOPERAZIONE PUBBLICO-PRIVATO
E MECCANISMI DI INTEGRAZIONE
FRA *HARD LAW* E *SOFT LAW***

Atti del X corso di Formazione interdottoale di Diritto
e Procedura Penale "Giuliano Vassalli"
per Dottorandi e Dottori di ricerca

VIII convegno sezione giovani penalisti AIDP

a cura di

Antonio **GULLO** - Vincenzo **MILITELLO** - Tommaso **RAFARACI**

ISBN 9788828837367

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2021
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, i film, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i Paesi.

Stampato da LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione. Il sistema penale di fronte all'interazione pubblico-privato e hard law-soft law: profili e questioni</i> , di ANTONIO GULLO, VINCENZO MILITELLO e TOMMASO RAFARACI	IX
--	----

SEZIONE I

MALADMINISTRATION E CORRUZIONE: STRATEGIE PREVENTIVE E REPRESSIVE

<i>Il sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa alla prova della regolazione flessibile dell'agire pubblico</i> , di ALBERTO CAPPELLINI e FEDERICA BARLETTA	3
<i>La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione: nuove frontiere per superare il "problema della talpa"</i> , di ROBERTA DE PAOLIS	31
<i>Soft law e prevenzione della corruzione d'impresa. Linee guida di Confindustria, Piano Nazionale Anticorruzione e UNI-ISO 37001</i> , di GIACOMO MARIA EVARISTI	55
<i>La leva premiale nel prisma delle fattispecie corruttive: brevi osservazioni a margine della causa di non punibilità ex art. 323-ter c.p.</i> , di ANNA FRANCESCA MASIERO	71
<i>Il ruolo del whistleblowing nella prevenzione dell'illecito penale: efficacia e criticità</i> , di SANDRA PICICUTO	91

SEZIONE II

REATI FISCALI

<i>La responsabilità degli enti per reati tributari: nuove ipotesi di bis in idem</i> , di FLAVIO DI BONITO	119
<i>Tax cooperative compliance, reati tributari e responsabilità dell'ente. Prove di cooperazione fra pubblico e privato nella gestione del rischio fiscale</i> , di PIETRO MARIA SABELLA	137

SEZIONE III

**RESPONSABILITÀ DELLE PERSONE GIURIDICHE:
VERSO UN NUOVO STATO DI DISCIPLINA?**

<i>Dal venire meno del « monismo » giuridico alla legittimazione del fenomeno auto-normativo. Il self-regulatory model nel sistema di responsabilità da reato delle persone giuridiche</i> , di ELIANA GRECO	163
<i>I sistemi di giustizia penale tra negozialità e conciliazione. Il ruolo delle autorità amministrative e dei privati nel contrasto alla criminalità d'impresa</i> , di FEDERICO MAZZACUVA	185
<i>Conflitti d'interesse tra ente e persona fisica nelle dinamiche del processo de societate</i> , di FABIO NICOLICCHIA	207
<i>I modelli organizzativo-gestionali tra autonormazione e meccanismi premiali</i> , di ALICE SAVARINO	225
<i>Prospettive di partnership pubblico-privato nel processo di "positivizzazione" degli standard per l'autonormazione degli enti</i> , di FRANCESCA VITARELLI	247

SEZIONE IV

TERRORISMO E ANTIRICICLAGGIO

<i>Eppur il giudice non basta: de-radicalizzazione jibadista e forme di cooperazione extra-giudiziarie</i> , di CARLA CUCCO	269
<i>Diritto penale e post-regulatory state. Tutela di funzioni e regolazione penale periferica</i> , di GIUSEPPE DI VETTA	291
<i>Public private partnerships nell'antiriciclaggio e antiterrorismo: una nuova forma di outsourcing del processo penale?</i> , di GIULIA LASAGNI	315
<i>La collaborazione pubblico-privato nella prospettiva antiriciclaggio. L'obbligo di segnalare le operazioni sospette come strumento di politica criminale</i> , di PIETRO SORBELLO	341

SEZIONE V

REATI IN INTERNET

<i>Il ruolo delle reti sociali nel contrasto ai reati commessi all'interno del web. Tendenze evolutive e prospettive di sviluppo</i> , di SOFIA BRASCHI	371
<i>Il coinvolgimento dei gestori delle piattaforme social nel contrasto dell'odio e della pornografia non consensuale. Oltre la net neutrality: tra autoregolamentazione e responsabilità amministrativa</i> , di MARTA LAMANUZZI	389
<i>Intelligenza artificiale e nuovi scenari cooperativi nelle investigazioni online</i> , di MICHELE PISATI	415

SEZIONE VI

AMBIENTE, SALUTE PUBBLICA E SICUREZZA ALIMENTARE

<i>La cooperazione tra pubblico e privato nella tutela della salute in materia alimentare,</i> di CARLO CUCINOTTA.	441
<i>“Cattive” prassi e limiti dell’intervento penale: serbatoi GPL, concessioni demaniali marittime e tassa di soggiorno,</i> di MARTINA GALLI	465
<i>Il ruolo delle agencies federali nel sistema statunitense di risk-management. La ge- stione dei rischi nel settore tecnologico-farmaceutico e il ruolo della Food and Drug Administration,</i> di FEDERICO CARMELO LA VATTIATA	491
<i>Partnership pubblico-privato e diritto penale ambientale: riflessioni sullo stato attuale e possibili scenari,</i> di LUCIA MALDONATO	515
<i>Reati ambientali e sequestro preventivo con effetti “impeditivi”: il ruolo della coopera- zione dell’ente,</i> di VERONICA TONDI	537
<i>Analisi critica della disciplina della cooperazione pubblico-privato nel risanamento dei siti contaminati mediante il paradigma della enforcement pyramid,</i> di FILIPPO VENTURI	549

INTRODUZIONE

IL SISTEMA PENALE DI FRONTE ALL' INTERAZIONE PUBBLICO-PRIVATO E *HARD LAW-SOFT LAW*: PROFILI E QUESTIONI

La cooperazione pubblico-privato ha costituito negli ultimi vent'anni la cifra distintiva delle strategie di contrasto alla criminalità economica.

La logica alla base del mutamento di paradigma di cui si discute è da rinvenire in primo luogo nella diversa lettura, registratasi relativamente di recente, del fenomeno organizzativo nelle dinamiche di imputazione. L'organizzazione è sempre più stata vista non come fattore di dispersione della responsabilità, quanto piuttosto come elemento da valorizzare nel processo di individuazione dei garanti — e qui a venire in rilievo è anzitutto il tema della delega di funzioni — e nella gestione del rischio-reato⁽¹⁾.

Già diverso tempo addietro si è avanzata in ambito scientifico l'idea di sfruttare l'organizzazione per la lotta alle manifestazioni criminose che più facilmente possono trovare terreno fertile nell'esercizio dell'attività d'impresa. L'imperativo — tratto dall'esperienza nordamericana⁽²⁾ — diveniva dunque quello di abbandonare la contrapposizione frontale tra Stato ed enti, per privilegiare un'ottica collaborativa, che puntasse pertanto sull'impresa quale alleata nel perseguimento degli obiettivi di diffusione di una cultura della legalità⁽³⁾.

Molteplici le ragioni che hanno animato questa nuova stagione della *compliance*, intesa non più solo come conformità alle regole normative *pre-date*, ma anche come atteggiamento proattivo dell'impresa nella individuazione dei presidi in grado di governare il rischio-reato e, nella versione de-

⁽¹⁾ Volendo GULLO, *I modelli organizzativi*, in LATTANZI-SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, 2020, 245.

⁽²⁾ V. il noto lavoro di COFFEE, *No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry into The Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan Law Review*, 1981, vol. 79, 450 ss.

⁽³⁾ V. le considerazioni di STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 471.

lineatesi da ultimo, capacità dell'ente di collaborare con le agenzie di *enforcement* e l'Autorità statale nelle diverse fasi di *risk assessment*, *risk management*, nonché di 'reazione' alla *notitia criminis*.

Il motivo di fondo risiede tuttavia nel fatto che l'ente conosce ovviamente meglio di chiunque altro il proprio assetto organizzativo e dunque si trova in una posizione privilegiata per mappare il rischio-reato e individuare la norma cautelativa/cautelare più appropriata⁽⁴⁾. Allo stesso modo, è il soggetto in grado di monitorare con maggiore efficacia e continuità l'implementazione delle regole e di adattare il sistema preventivo ai mutamenti organizzativi.

Infine, la persona giuridica è indubbiamente l'interlocutrice naturale dell'Autorità giudiziaria una volta emersa la *notitia criminis*, potendo il suo patrimonio conoscitivo interno rivelarsi prezioso per l'identificazione degli eventuali autori dei reati in rilievo e per l'accertamento della loro responsabilità⁽⁵⁾.

Quest'approccio ha avuto una sua prima sperimentazione nel settore dell'antiriciclaggio e, successivamente, ha ricevuto una piena consacrazione con l'irruzione nel nostro ordinamento della responsabilità da reato degli enti, per poi diffondersi in contesti, il riferimento è alla corruzione, dove oggi assistiamo a una disciplina ispirata alla logica di contrasto appena schematizzata.

2. Quali sono le note caratterizzanti siffatto approccio?

Il primo dato che subito risalta nell'analisi della normativa propria dei settori richiamati è quello di un contrasto integrato ai fenomeni di cui si tratta: non solo repressione ma, anzitutto, una robusta dose di prevenzione. Per citare solo un esempio: l'intero decreto 231 punta sul coinvolgimento dell'ente nella costruzione di una organizzazione improntata all'idea della riduzione significativa del rischio-reato, ma lo stesso cammino è stato intrapreso in contesti distanti, con modulazioni anche diverse (si pensi al contrasto al terrorismo e alla miscela di misure dirette a fronteggiare la pe-

⁽⁴⁾ V. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex D.Lgs. n. 231/2001) (Parte I)*, in *Cass. pen.*, 1/2013, 381.

⁽⁵⁾ Sul tema delle c.d. *internal investigations* e sui delicati problemi che sollevano v., tra gli altri, MANCUSO, "Indagini interne" disposte dall'ente: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi, in *Proc. pen. e giust.*, 5/2020, 1254 ss.; NICOLICCHIA, *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti: alcuni rilievi sulla base della « lezione americana »*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4/2014, 781 ss. Per una compiuta analisi del tema v. CENTONZE-GIAVAZZI, *Internal investigations. Best practices e istanze di regolamentazione*, Torino, 2021.

ricolosità dei potenziali autori, a bloccare i canali di finanziamento e, più di recente, alla progettazione di percorsi di deradicalizzazione).

Una cooperazione, se torniamo a guardare alla responsabilità delle persone giuridiche, che si nutre, o almeno dovrebbe nutrirsi, della fiducia delle parti contraenti e che si ispira all'oramai celebre *stick-carrot approach*.

La vera scommessa del legislatore del 2001 è stata quella di promettere all'ente che si fosse seriamente impegnato nella prevenzione del reato — secondo le cadenze sin qui sinteticamente ripercorse — l'esclusione della responsabilità. Il tratto originale del modello italiano di *corporate criminal liability* consiste, come noto, nel non aver confinato i *compliance program* sul piano della (pur rilevante) commisurazione della pena ma nell'aver conferito ad essi una valenza esimente (assurgendo poi i modelli organizzativi, nella rilettura costituzionalmente orientata operata dalle Sezioni Unite *Thyssen Krupp*, a piattaforma della colpa dell'ente)⁽⁶⁾.

Il secondo aspetto è quello di una gestione del rischio-reato ad ampio spettro: la realtà delle imprese restituisce all'osservatore un panorama caratterizzato da un impegno preventivo che si indirizza verso un rischio-reato disegnato a maglie larghe.

Le procedure, le istruzioni operative, i protocolli preventivi specifici messi in campo dall'ente, per un verso, si attivano ben prima dell'approssimarsi all'area di pericolo, indirizzandosi come già ricordato verso il contenimento del rischio; per altro verso, proprio la loro maggiore distanza dalla particolare offesa ne orienta i contenuti alla prevenzione del fenomeno criminoso più che alla singola figura di reato.

Un processo simile si manifesta anche sul versante delle organizzazioni pubbliche: emblematica l'esperienza del contrasto alla corruzione dove i piani ideati dalla l. n. 190 del 2012 hanno come punto di riferimento la c.d. *maladministration* piuttosto che gli specifici delitti contro la pubblica amministrazione.

Il terzo aspetto che va emergendo negli ultimi interventi di riforma di settori afferenti all'area tematica qui considerata — a venire in rilievo è ancora il tema della corruzione, ma oggi pure quello della sicurezza cibernetica e, volgendo lo sguardo ad ambiti non ancora interessati dalla responsabilità degli enti, quello della *data protection* — è di una integrazione tra puntuali obblighi di *compliance*, oggetto di apposita sanzione, e meccanismi preventivi calibrati invece sulla minimizzazione del rischio-reato e corredati di risposte punitive allorché sia posto in essere un reato presupposto alle condizioni previste dal d.lgs. n. 231/2001.

(6) Più diffusamente GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 241 s.

Si tratta di un *trend* che, come abbiamo appena accennato, percorre trasversalmente la materia della criminalità economica e che si sta sempre più affermando nel settore della tutela dei diritti umani. Su questo versante è significativo il dibattito in corso a livello UE circa la modifica della direttiva del 2014 sulle informazioni a contenuto non finanziario, che si inserisce nel solco di un percorso di superamento della logica del *comply or explain* a favore di una *mandatory due diligence*; percorso inaugurato dalla legge francese sul dovere di vigilanza ma che vede oggi una punta avanzata nella recentissima legge tedesca sui controlli nelle catene di fornitura⁽⁷⁾.

Insomma, si stanno gettando le basi per la costruzione di sistemi integrati di *compliance*, con anche un capitolo di estremo interesse in prospettiva attinente all'impiego delle nuove tecnologie nel contrasto alle manifestazioni criminose in questione⁽⁸⁾.

3. In questo scenario composito, che segnala una realtà dinamica, in costante evoluzione, sono diversi i problemi emersi nella prassi e che hanno alimentato in tempi recenti un rinnovato dibattito sulla messa a punto delle ormai molteplici normative di settore dove la cooperazione pubblico-privato è stata messa alla prova, con particolare riguardo a quella sulla responsabilità degli enti che ne ha rappresentato il terreno più significativo.

Dovendo in questa sede procedere per rapidi spunti, il primo aspetto che continua giustamente a riaffacciarsi soprattutto nel dibattito scientifico è quello della *predictability*.

L'idea che innerva la disciplina della responsabilità degli enti — su cui ci si è prima cursoriamente soffermati — esigerebbe che a uno sforzo organizzativo serio delle imprese in chiave di prevenzione del reato corrispondesse un ragionevole affidamento circa la validazione giudiziale del modello in termini di idoneità. È questo tuttavia uno scoglio su cui continua ad arenarsi l'effettività della disciplina “231”: l'incrocio tra le esangui indicazioni normative — contenute negli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 —, la limi-

(7) Il riferimento è alla *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten* adottata nel giugno 2021 e pubblicata sulla *Bundesgesetzblatt* il 22 luglio 2021. Sull'*iter* che ha preceduto l'emanazione della legge v. VESPER-GRÄSKE, *Business and Human Rights - Recent Trends in Germany*, in *European Criminal Law Review*, 1/2021, 63 ss. Per un inquadramento generale del *trend* in discorso v., tra gli altri, il *Report Towards Mandatory Due Diligence in Global Supply Chains*, 19 giugno 2020, https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/duediligence_global_supplychains_en.pdf, elaborato da O. De Schutter per ITUC (*International Trade Union Confederation*).

(8) In argomento v., anche per i necessari riferimenti bibliografici, GULLO, *I modelli organizzativi*, cit., 284 ss.

tata circolazione di *best practice* e l'atteggiamento della giurisprudenza, nel complesso ancora legata alla logica del senno di poi, hanno fatto sì che non sia stata prodotta una cospicua serie di precedenti al riguardo e che, in generale, l'orizzonte entro cui si muove l'ente continui a non presentare tratti nitidi.

La stessa logica premiale alla base dell'intervento normativo risulta così compromessa, se consideriamo, da altro angolo visuale, pure la divaricazione determinatasi negli ultimi anni tra statuto delle cause di non punibilità per la persona fisica e per l'ente. Particolare tenuità del fatto, messa alla prova, cause estintive del reato ispirate alla logica della riparazione, si sono diffuse sul fronte della persona fisica, mentre continuano a risultare impermeabili alla persona giuridica, anche alla luce della lettura prevalente in ambito applicativo del principio di autonomia della responsabilità dell'ente di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 231/2001⁽⁹⁾. Ed è questo indubbiamente un secondo profilo oggi al centro del dibattito e che dovrebbe entrare nell'agenda di un futuro legislatore.

Un terzo contesto di riflessione, dettato dall'evoluzione normativa sopra sintetizzata, nonché dal progressivo e costante ampliamento del novero dei reati presupposto, attiene al coordinamento tra binari sanzionatori differenti; qui il nemico è il *bis in idem* e la sfida dovrebbe essere quella di evitare il cumulo di sanzioni a carico della persona fisica e dell'ente — la recente esperienza dell'introduzione dei reati tributari nel sistema 231 ha plasticamente riproposto il problema⁽¹⁰⁾ — in relazione a un medesimo fatto oppure in ragione della previsione di obblighi di *compliance*, diversamente modulati secondo quanto prima osservato.

4. Quali sono i possibili rimedi sul piano normativo alle diverse questioni richiamate?

Il ventaglio delle soluzioni percorribili è, come noto, ampio e non vi è certo qui lo spazio per ripercorrerlo diffusamente: bisogna però constatare che alcuni punti fermi iniziano a manifestarsi nell'oramai esteso confronto al riguardo.

⁽⁹⁾ In chiave critica, ma con riferimenti anche al dibattito generale sul tema, v. SCARROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2/2020, 191 ss.

⁽¹⁰⁾ V. raccolta degli Atti del Webinar "Tax compliance, responsabilità degli enti e reati tributari. Una riflessione alla luce della legge n. 157/2019" (15 maggio 2020) pubblicata su *Sistema penale* (7/2020 . Sezione speciale), nonché TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 4/2020, 119 ss.

Tipizzazione dei contenuti dei modelli per settori omogenei di reati — con, parallelamente, una riflessione sulla contrazione del catalogo dei reati presupposto —, quantomeno semplificazione degli adempimenti per imprese con certi requisiti dimensionali, riscrittura del capitolo della non punibilità nei confronti dell'ente, sono solo alcune delle voci del sommario inventario che qui possiamo solo tratteggiare.

Alcune delle citate questioni — il richiamo è al processo di emersione delle cautele — riportano a un altro tema che caratterizza l'area della responsabilità dell'ente ma che presenta ramificazioni ben più estese, anche e specie di natura meta-nazionale: quello dell'integrazione tra *hard* e *soft law*.

Il contrasto oggi a taluni fenomeni criminosi ha sempre più una connotazione multilivello e vede la presenza di attori (OCSE, ONU, GAFI, G20, per citarne solo alcuni) che intervengono con strumenti di *soft law* che assolvono un rilevante compito di indirizzo, sovente fungono da stimolo all'operato dei legislatori nazionali (vedi per tutte la vicenda dell'autoriciclaggio), e assolvono quel compito di orientamento — se torniamo a guardare alle imprese — nella faticosa attività di progettazione della *compliance* preventiva.

Si tratta di un processo alimentato di recente dalla diffusione delle certificazioni — già centrali in ambiti quali la tutela dell'ambiente e della sicurezza sul lavoro o il settore degli alimenti — in contesti di disciplina (la corruzione) tradizionalmente distanti da queste esperienze.

Le stesse Linee Guida finiscono con l'essere un *trait d'union* di settori diversificati dell'ordinamento — dalla responsabilità degli enti, alla pubblica amministrazione sino alla colpa medica —, con una osmosi tra settore pubblico e privato, e la *partnership* a più riprese menzionata è adesso una delle carte su cui puntare per la lotta alla criminalità nella Rete, come esemplifica la proposta di Regolamento sul mercato unico dei servizi digitali (c.d. *Digital Services Act*) ⁽¹¹⁾.

Rispetto ai temi qui evocati e ai tanti nodi da sciogliere, il volume che presentiamo rappresenta un'utile guida per coloro che volessero avere un quadro variegato e informato dei problemi, ma anche una rassegna di soluzioni *de iure condito* e *de iure condendo*. Il libro raccoglie una selezione dei contributi presentati da dottorandi, dottori di ricerca e giovani ricercatori in occasione del corso organizzato dal *Siracusa International Institute for*

⁽¹¹⁾ V. la Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, presentata il 15 dicembre 2020 e consultabile su <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=COM%3A2020%3A825%3AFIN>.

Criminal Justice and Human Rights e dall’AIDP Gruppo italiano dal titolo “I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico-privato e meccanismi di integrazione fra *hard law* e *soft law*”, che si è tenuto *on line* nei giorni del 22-24 ottobre 2020.

Secondo la tradizione del corso — che con la pubblicazione che qui si presenta conclude la sua decima edizione, al contempo avviandosi alla sua prossima tornata con un programma ulteriormente affinato dalla ormai lunga esperienza messa a punto “sul campo”⁽¹²⁾ — l’incontro fra giovani studiosi di diritto penale tanto sostanziale quanto processuale, nell’ottica di una esigenza di ravvicinamento negli studi sui due volti della giustizia penale, offre uno spazio ideale per esporre i loro lavori e discutere le loro idee con colleghi di diverse generazioni e di varie sedi universitarie (questa volta oltre venti)⁽¹³⁾.

Il panorama degli interventi, tutti collocati all’interno della menzionata area tematica, è particolarmente ricco, a dimostrazione del fatto che la logica della cooperazione pubblico-privato e il ricorso alla *soft law* sotto forma di linee guida si sono diffusi in sempre più numerosi contesti di disciplina. Si va così dall’ambito dell’amministrazione pubblica e dei connessi rischi corruttivi da parte delle imprese⁽¹⁴⁾ ad alcuni aspetti dei reati tributari⁽¹⁵⁾; si considera poi la galassia problematica del terrorismo anche in connessione con il riciclaggio⁽¹⁶⁾, per passare quindi tanto a profili connessi all’uso delle piattaforme digitali e delle nuove possibilità di indagine *online*⁽¹⁷⁾, quanto ad un’ampia sessione che raccoglie diversi approfondi-

⁽¹²⁾ Per il lancio del nuovo corso, con l’illustrazione della sua scelta tematica (“*Giustizia penale, ripresa economica e recovery fund. Verso la riforma del processo penale e del sistema sanzionatorio*”) e l’innovativa articolazione bifasica degli incontri, v. <https://www.siracusainstitute.org/app/it/xi-corso-di-formazione-interdottorale-per-dottorandi-e-dottori-di-ricerca-3-dicembre-2021-24-26-marzo-2022/>.

⁽¹³⁾ La relativa selezione dei corsisti è avvenuta — come già fruttuosamente sperimentato in precedenti edizioni — attraverso una *call for paper* e a seguito della valutazione da parte del Comitato scientifico, compiuta inizialmente sugli *abstract* inviati dagli interessati e quindi sui lavori presentati durante il corso e successivamente revisionati per la presente pubblicazione. I tempi di un tale processo non sono brevi, ma esso risulta particolarmente idoneo a stimolare l’impegno scientifico dei partecipanti.

⁽¹⁴⁾ Questo primo spazio problematico ha ricevuto durante il corso una particolare attenzione: di seguito sono pubblicati i contributi di CAPPELLINI-BARLETTA, DE PAOLIS, EVARISTI, MASIERO e PICICUTO.

⁽¹⁵⁾ In proposito, si vedano gli apporti di DI BONITO e di SABELLA.

⁽¹⁶⁾ A tali rapporti sono dedicati gli studi che seguono di CUCCO, DI VETTA, LASAGNI e SORBELLO.

⁽¹⁷⁾ Sono i temi che di seguito approfondiscono variamente BRASCHI, LAMANUZZI e PISATI.

menti su ambiente, salute pubblica e sicurezza alimentare⁽¹⁸⁾. Il nucleo centrale di interesse rimane tuttavia quello sopra in prevalenza tratteggiato, con diversi contributi che scandagliano in profondità l'area della *corporate criminal liability*⁽¹⁹⁾, con le interconnessioni prima evidenziate.

Il progressivo interesse acquisito nel tempo dal corso interdotto di Siracusa ha reso via via più difficoltoso contenere la pubblicazione dei contributi infine selezionati nei limiti di un fascicolo di una rivista scientifica, come era avvenuto nelle ultime edizioni precedenti. Da questa "crisi di crescita" nasce dunque il presente volume, che inaugura una collana di studi fondata dal *The Siracusa International Institute* e dall'AIDP Gruppo italiano: essa si propone, tra l'altro, di ospitare nel tempo il risultato degli incontri di studio 'siracusani', da molti decenni oramai luogo di incontro e confronto di generazioni di studiosi, che negli anni hanno imparato a sentire Siracusa come casa comune dei penalisti.

Tutto ciò grazie all'impareggiabile lavoro e al lungimirante insegnamento dei Proff. *M. Cherif Bassiouni* e *Alfonso Maria Stile*, Maestri delle scienze penali, ai quali va il nostro commosso ricordo.

Aprire questa Collana dando voce ai giovani ricercatori ci pare il migliore riconoscimento dell'impegno da Loro profuso ed è certamente anche di augurio per questa nuova iniziativa scientifica.

ANTONIO GULLO, VINCENZO MILITELLO e TOMMASO RAFARACI

⁽¹⁸⁾ In proposito, si vedano i contributi seguenti di CUCINOTTA, GALLI, LA VATTIATA, MALDONATO, TONDI e VENTURI.

⁽¹⁹⁾ In particolare, cfr. gli apporti di GRECO, MAZZACUVA, NICOLICCHIA, SAVARINO e VITARELLI.

Sezione I

***MALADMINISTRATION* E CORRUZIONE: STRATEGIE PREVENTIVE E REPRESSIVE**

ALBERTO CAPPELLINI e FEDERICA BARLETTA (*)

**IL SINDACATO PENALE
SULLA DISCREZIONALITÀ AMMINISTRATIVA
ALLA PROVA DELLA REGOLAZIONE FLESSIBILE
DELL'AGIRE PUBBLICO**

SOMMARIO: 1. Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa come crocevia tra amministrazione, cittadino e giudice. L'ottica del diritto penale e del diritto amministrativo a confronto. — 2. L'approdo del problema generale sul piano delle singole fattispecie penali. Il *discrimen* tra corruzione propria e impropria; l'abuso d'ufficio tra tensioni politico-criminali e tipo in perpetua riforma. — 3. Discrezionalità amministrativa ed eccesso di potere nell'ottica di sospetto del diritto penale. Figure sintomatiche e progressiva giuridificazione nel campo del diritto amministrativo. — 4. La progressione della legittimità, a scapito del merito, nell'evoluzione della discrezionalità amministrativa. La moltiplicazione delle regole di comportamento destinate al pubblico funzionario nel quadro della regolazione "flessibile" tipica delle amministrazioni moderne. — 5. Riflessioni conclusive. La prevedibilità-calcolabilità come orizzonte di convergenza della legalità penale e di quella amministrativa.

1. Il sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa come crocevia tra amministrazione, cittadino e giudice. L'ottica del diritto penale e del diritto amministrativo a confronto.

Il sindacato del giudice penale sugli atti della pubblica amministrazione è un tema di risalente consuetudine nel dibattito dottrinale, sia penalistico che amministrativistico. Nell'aspetto che qui interessa, esso atiene all'esame compiuto dal giudice penale sulla legittimità dell'azione amministrativa — in particolar modo quella discrezionale — quale ele-

(*) Il lavoro è complessivamente frutto di una riflessione congiunta dei due Autori, nella ricerca di un punto di incontro fra le discipline oggetto del loro campo di studio, ovvero rispettivamente il diritto penale e il diritto amministrativo. Tuttavia, la redazione dei parr. 1 e 2 è attribuibile ad Alberto Cappellini, quella dei parr. 3 e 4 a Federica Barletta, mentre le conclusioni del par. 5 sono state redatte assieme dai due.

mento normativo di una fattispecie che incrimina fatti commessi dal pubblico ufficiale nell'esercizio delle proprie funzioni⁽¹⁾.

Il nodo politico-costituzionale sotteso alla questione, come noto, è quello della separazione dei poteri esecutivo e giudiziario. Sotto tale angolazione esso vede fronteggiarsi, da un lato, l'esigenza di un controllo giudiziale dell'azione amministrativa e, dall'altro, il rischio che tale controllo tracci in una ingerenza dell'ambito di attività riservato alla pubblica amministrazione.

Sul piano dei valori coinvolti nella questione, questo conflitto vede militare, sul versante del *favor* per il bisogno di controllo dell'agire pubblico, sia un interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa, nonché all'efficienza della stessa, connesso alla non dispersione di risorse pubbliche, assieme a quello dei singoli privati lesi dall'atto abusivo. Sul versante opposto, invece, spingono per lasciare uno spazio più ampio possibile alla libertà del decisore pubblico sia l'esigenza "penalistica" di garanzia per il singolo amministratore accusato, sia — quantomeno rispetto alla fenomenologia dell'abuso d'ufficio — l'interesse "amministrativistico" a impedire la paralisi dell'azione pubblica indotta dalla cosiddetta "paura della firma", che induce comportamenti di "burocrazia difensiva".

⁽¹⁾ Tenendo presente come una parte importante del dibattito in materia si sia svolto nella letteratura incentrata sul delitto di abuso d'ufficio, alla quale faremo riferimento più avanti, si possono ricordare fin d'ora, per tutti: R. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it.*, 1965, p. 28 ss.; T. ALIBRANDI, *L'atto amministrativo nella fattispecie penale (avvio ad una ricostruzione tipologica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 784 ss.; G. CONTENTO, *Giudice penale e pubblica amministrazione: il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Laterza, Roma-Bari, 1979; G. COCCO, *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cucc, Cagliari, 1996; C. FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1998; M. PETRONE, *Attività amministrativa e controllo penale*, Giuffrè, Milano, 2000; M. GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002; F. PALAZZO, *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1614 ss.; C. SILVA, *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Cedam, Padova, 2014, p. 69 ss.; S. MASSI, *Elusione del fatto tipico e speciale antidoverosità della condotta. Un'indagine sui confini della fattispecie penale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 13 ss. Il tema oggetto del presente lavoro è attiguo a quello della disapplicazione, ovvero il potere del giudice penale di non tener conto di un atto amministrativo, stimato illegittimo, nel decidere dell'illiceità penale di un fatto umano ad esso terzo: sulla distinzione cfr. M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it.*, 2013, p. 744; sulla disapplicazione, per tutti, cfr. altresì R. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1980.

Il presente lavoro cerca di fornire un contributo all'approfondimento di un tema sì "classico", ma di persistente attualità e indubbia divisività nel dibattito dottrinale e — più in generale — di politica del diritto. L'approccio del penalista, in special modo quello di estrazione accademica o forense — che per consuetudine culturale è in primo luogo preoccupato dei possibili abusi del potere punitivo del giudice — tende inevitabilmente a vedere in modo critico certe tendenze giurisprudenziali attuali, espansive della penalità nell'ambito dei delitti del pubblico ufficiale contro la p.a. Esse, infatti, si fanno interpreti di un clima della pubblica opinione ispirato a istanze di legalità dell'azione pubblica, dunque di prevenzione generale: le quali talvolta assumono i tratti di un punitivismo moralizzatore di estrazione populistica, che eleva la repressione penale a indebito surrogato di un'etica pubblica, carente nell'attuale frangente storico-sociale⁽²⁾.

Eppure, a fianco di questo racconto penalistico incentrato sullo scontro tra le ragioni della repressione e quelle della garanzia c'è un'altra storia parallela, che merita anch'essa di essere considerata: è la storia dell'evoluzione della discrezionalità dell'agire pubblico. Essa disegna una traiettoria che passa dal paradigma della tradizione liberale — lo splendore dell'autoritatività e del potere dell'amministrazione, la tendenziale insindacabilità della scelta discrezionale espressa nel provvedimento amministrativo — verso scenari di maggiore giustiziabilità, controllo dei pubblici apparati, tutela dei singoli cittadini innanzi all'agire della p.a. È una tendenza, questa, che come si vedrà si manifesta anzitutto sul piano dell'estensione della componente di legittimità della discrezionalità, a scapito del merito; ma anche, in modo connesso, su quello dell'espansione del novero di regole a carattere "flessibile", *lato sensu* "soft", che cercano di stringere sempre di più l'esercizio della discrezionalità entro limiti giuridificati, dunque giustiziabili. In questa diversa ottica — in cui il "potere" da cui il cittadino necessita protezione non è quello giudiziario ma quello del decisore pubblico — l'espansione del controllo del giudice, non solo amministrativo ma anche penale, sembra il corollario inevitabile del processo evolutivo in atto circa il modo di essere dell'amministrazione e del suo rapportarsi con i privati.

Dopo essersi soffermati sull'articolazione penalistica del problema generale a livello di singole fattispecie, l'indagine verterà dunque sul raffronto con le tendenze evolutive del diritto amministrativo. In tal modo, si potrà iniziare a verificare se e in che misura esse possano gettare una luce

(2) La letteratura sul punto, alimentata dalle riforme degli ultimi anni, è ampia: per tutti, M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo di autore"*, Mucchi, Modena, 2014.

in parte nuova in un dibattito che solitamente è più orientato all'esclusività dell'angolo visuale penalistico, ma che in realtà concerne una materia per sua natura inevitabilmente intrisa di pluridisciplinarietà, a cavallo tra il mondo della repressione penale e quello della regolazione dell'attività amministrativa discrezionale.

2. L'approdo del problema generale sul piano delle singole fattispecie penali. Il *discrimen* tra corruzione propria e impropria; l'abuso d'ufficio tra tensioni politico-criminali e tipo in perpetua riforma.

Una prima importante ipotesi in cui si articola il problema in discussione è quella incarnata dal concetto di «atto contrario ai doveri d'ufficio» previsto nel delitto di corruzione propria di cui all'art. 319 c.p.⁽³⁾. Più in particolare, fino alle modifiche introdotte dalla c.d. legge Severino alla parallela ipotesi di corruzione impropria *ex art.* 318 c.p., tale elemento normativo tracciava esattamente il *discrimen* tra i delitti in questione, giacché la fattispecie meno grave veniva integrata dal corretto compimento di un atto d'ufficio, pur assistito da un sottostante patto corruttivo con un privato. L'esigenza di incriminare anche, più in generale, la corruzione «per l'esercizio della funzione», anche a monte o a prescindere dall'emanazione di singoli e specifici atti amministrativi, fatta propria dalla L. n. 190/2012, non ha comunque intaccato la centralità del problema dell'estensione dell'ambito del sindacato penale sulla discrezionalità pubblica, quantomeno rispetto alla ricorrenza degli estremi della corruzione propria *ex art.* 319 c.p.⁽⁴⁾.

Rispetto a ciò, resta prevalente nella giurisprudenza la tendenza a ritenere la condotta corruttiva del pubblico agente di per sé sola capace di in-

⁽³⁾ La letteratura sul tema è ampia. In termini essenziali, per tutti: G. VASSALLI, *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. pen.*, 1979, II, c. 305 ss.; V. MANES, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it.*, 2000, p. 926 ss.; S. MASSI, «*Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur*». «Offesa» e «infedeltà» nella struttura della corruzione propria, Giappichelli, Torino, 2004; C. CUDIA, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel reato di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2017, p. 683 ss.

⁽⁴⁾ Sulla partizione della corruzione propria e impropria dopo la riforma del 2012 cfr., per tutti, S. DEL CORSO, *Il delitto di corruzione "propria"*, in A. D'AVIRRO (a cura di), *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 207 ss.; F. CINGARI, *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 405 ss.; S. MASSI, *La determinabilità dell'atto contrario ai doveri d'ufficio nella fattispecie di corruzione propria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2016, p. 745 ss.

quinare l'imparzialità della scelta operata, a prescindere da qualsiasi tipo di verifica di effettiva legittimità della stessa⁽⁵⁾. Tale tendenza è stata criticata sia in dottrina⁽⁶⁾ che — almeno in termini di principio — dalla più accorta giurisprudenza di legittimità⁽⁷⁾: giacché su tale china l'elemento corruttivo finirebbe per fagocitare quel disvalore "aggiuntivo" consistente nell'illegittimità dell'atto che sta alla base della maggior gravità della corruzione propria; al contempo vanificando la previsione legislativa dell'ipotesi meno grave *ex art. 318 c.p.*, destinata ad essere schiacciata sul piano applicativo dall'indebita espansione della corruzione propria.

Senonché, sul piano politico-criminale, l'ispirazione indubitabilmente generalpreventiva di simili tendenze giudiziali si colloca in un ambito di non equivocità, e dunque minore criticità applicativa, data dallo scenario complessivamente *contra ius* in cui comunque si colloca l'azione del pubblico funzionario, marchiato dalla presenza dell'episodio corruttivo. Più in particolare, se il preesistente ampio divario sanzionatorio tra le due fattispecie di cui agli artt. 318 e 319 c.p. ancora poteva alimentare forti preoccupazioni circa gli effetti fortemente peggiorativi quanto a pene comminate e risvolti processuali determinati dal *trend* espansivo della corruzione propria nell'interpretazione giurisprudenziale, il livellamento "verso l'alto" della forbice edittale prevista per il delitto di corruzione impropria operato dalla riforma c.d. Spazzacorrotti del 2019 ha di fatto finito per smussare le asperità applicative connesse al precedente "salto" sanzionatorio⁽⁸⁾.

L'ipotesi in cui, invece, l'impatto della soluzione fornita circa l'ampiezza del sindacato che il giudice penale può operare sull'atto discrezionale è da sempre stato massimo è quella del delitto di abuso d'ufficio:

⁽⁵⁾ Cass., VI, 11 aprile 2014, n. 22707, Lo Cricchio; Cass., VI, 20 ottobre 2016, n. 3606/2017, Bonanno; Cass., VI, 15 settembre 2017, n. 46492, Argenziano; Cass., VI, 5 aprile 2018, n. 29267, Baccari.

⁽⁶⁾ Per tutti, M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*⁴, Giuffrè, Milano, 2019, p. 209 ss.; F. CINGARI, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 112 ss.; C. CUDIA, *L'atto discrezionale nel reato di corruzione propria tra diritto penale e diritto amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 837 ss.

⁽⁷⁾ Cass., VI, 22 ottobre 2019, n. 18125/2020, Buzzi, p. 128 ss., relativa al noto caso "Mafia Capitale".

⁽⁸⁾ Sui livelli sanzionatori risultanti dalle modifiche introdotte dalla L. n. 3/2019, per tutti, T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 3-2018, p. 8 ss. Più in generale, sull'*escalation* sanzionatoria delle riforme degli ultimi anni, V. SCALIA, *La corruzione: a never-ending story*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 627 ss., nonché il collettaneo a cura di G. FIDELBO, *Il contrasto dei fenomeni corruttivi dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio*, Giappichelli, Torino, 2020.

nodo sul quale si addensano più che altrove le tensioni politico-criminali sottostanti al tema del sindacato penale sulla discrezionalità⁽⁹⁾.

I motivi sono evidenti. Il reato di cui all'art. 323 c.p. è infatti norma di chiusura del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a. e confina con l'irrilevanza penale. A differenza della corruzione propria — dove lo scenario corruttivo già tinge di illiceità il fatto — nel delitto di abuso d'ufficio l'ingiustizia della condotta è il problema decisivo su cui corre la capitale differenza tra un agire pubblico legittimo e l'integrazione di un illecito penale.

A ciò va aggiunto che la questione del sindacato è sovente complessa, dato che il comportamento discrezionale è spesso equivoco nella sua qualificazione. Così, il confine ultimo del sistema dei delitti contro la p.a. del funzionario pubblico si pone come oscuro, confuso, indeterminato: ponendo questi sempre su un filo sottile, nel rischio continuo che un proprio comportamento venga letto *ex post* come lesivo di una serie di regole di condotta non previamente scolpite “a lettere di fuoco”, bensì ricavate da un'operazione ermeneutica che scorga, con la logica del senno di poi, divieti specifici nel gran corpo dei generali principi di imparzialità e correttezza dell'azione pubblica. Non stupisce, dunque, come si accalchino sull'abuso d'ufficio, da un lato, le sollecitazioni generalpreventive, moralizzatrici della politica e, di riflesso, dell'amministrazione; mentre, dall'altro, resi-

(9) Sul rapporto tra abuso d'ufficio e accertamento della legittimità dell'atto discrezionale la letteratura è molto ampia. Oltre ai testi generali sul tema del sindacato penale già ricordati, senza pretesa di esaustività, si ricordano sul testo precedente alla riforma del 2020: T. PADOVANI, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it.*, 1989, p. 85 ss.; I. CARACCIOLI, *Abuso d'ufficio e controllo del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Nuova rassegna*, 1994, p. 2349 ss.; G. FIANDACA, *Verso una nuova riforma dell'abuso di ufficio?*, in *Questione giustizia*, 1996, p. 315 ss.; M. GAMBARELLA, *Considerazione sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2335 ss.; C.F. GROSSO, *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 331 ss.; G. DE FRANCESCO, *La fattispecie di abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1634 ss.; A. CIOFFI, *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio: profili di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2001; A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2002; A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 29 ss.; M. PARODI GIUSINO, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p. 879 ss.; A. MERLI, *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. cont.*, 16/11/2012; ID., *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, Ed. Scientifica, Napoli, 2012; G. DI VETTA, *L'abuso di ufficio: cronaca di un «ritorno»*, in *Criminalia*, 2016, p. 399 ss.; S. MASSI, *Parametri formali e “violazione di legge” nell'abuso d'ufficio*, in *Arch. pen.*, 1-2019; A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 27 ss.

stano le istanze della categoria dei funzionari, sospese tra l'inevitabilità delle scelte discrezionali e la tentazione della paralisi, del "non fare", come difesa dal rischio penale onnipresente.

Questo quadro generale sul piano politico-criminale va correlato al problema dogmatico del tipo *ex art. 323 c.p.*: la cui perenne riforma — è stato riscritto, com'è noto, nel 1990, nel 1997 e da ultimo nel luglio 2020 — mirebbe a sanare le storture applicative impresses dalla giurisprudenza come conseguenza delle pressioni anzidette; ogni volta mancando tuttavia il risultato prefisso. Tali vicende spingono dunque naturalmente a chiedersi che rapporti intercorrano tra la questione generale della portata del sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa, il problema politico-criminale che si addensa intorno alla figura limite dell'abuso d'ufficio e il tema specifico di come è opportuno che sia formulato il tipo di cui all'art. 323 c.p.

Soffermandosi dunque sul fatto tipico di abuso d'ufficio, si può anzitutto affermare come esso sia sempre stato incentrato sull'elemento caratterizzante "forte" dell'ingiustizia del comportamento amministrativo, alternativamente alla violazione dell'obbligo di astensione, in ogni caso parametri espressione dell'uso distorto del potere pubblico. Non che, naturalmente, il tipo del delitto in questione si esaurisca solo in tale elemento: anzi, le progressive formulazioni dell'art. 323 c.p. sono state sempre più infarcite di elementi costitutivi, e ciò proprio allo scopo di tentare di delimitare con forza crescente l'area di punibilità. Ciò non toglie, tuttavia, che la "cifra" qualificante il delitto, nelle sue evoluzioni, sia sempre rimasta l'abusività dell'atto: e non può essere altrimenti, pena lo snaturamento del concetto stesso di "abuso d'ufficio". Sul piano applicativo, la giurisprudenza ha sostanzialmente marginalizzato gli altri elementi costitutivi — il dolo intenzionale, l'evento alternativo di danno o vantaggio per sé o per altri, la "seconda" ingiustizia relativa al risultato — eludendo la loro funzione di frammentarizzazione dell'illecito e perseverando nell'incentrare la sussistenza del fatto perlopiù ancora sul carattere abusivo dell'azione amministrativa⁽¹⁰⁾.

Il fallimento della traslazione del "peso" del tipo su elementi altri da quello dell'ingiustizia della condotta si è accompagnato, allo stesso tempo, a un tira e molla tra legislatore e giurisprudenza circa le modalità della sua valutazione. La riforma del 1997 aveva consegnato un testo che, qualificando tale elemento normativo con l'espressione «in violazione di legge o

⁽¹⁰⁾ Su tali percorsi giurisprudenziali, con particolare riferimento allo svilimento della "doppia ingiustizia", per tutti T. PADOVANI, *Le metamorfosi dell'abuso d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 1003 ss.; sulle difficoltà applicative in relazione all'elemento soggettivo cfr. A. VALLINI, *L'abuso d'ufficio*, in F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Esì, Napoli, 2011, p. 320 ss.

di regolamento», mirava a tagliar fuori di netto qualsivoglia sindacato del giudice penale in ipotesi di attività discrezionale: fuori dalla violazione di legge si sarebbe dovuti cadere al di fuori del tipo, vanificando per il delitto *ex art. 323 c.p.* qualsivoglia potere di sindacato da parte del giudicante.

L'opzione, sulla carta, era rigorosa: eppure la giurisprudenza ha frustrato l'intento della riforma, approdando a scenari di controllo sempre più ampio sullo svolgimento della funzione amministrativa discrezionale da parte del giudice penale. Se alcune sentenze avevano tentato comunque di porre alcuni paletti oltre i quali il giudicante non si sarebbe potuto spingere⁽¹¹⁾, la corrente maggioritaria si è presto indirizzata verso la generalizzazione totale del controllo del giudice. Il mezzo con cui si era raggiunto un simile risultato è il riferimento diretto ai principi di cui all'art. 97 Cost. come immediatamente precettivi e integranti il presupposto della «violazione di legge» *ex art. 323 c.p.*: in tal modo, ogni comportamento del pubblico funzionario poteva essere stimato riconducibile all'art. 323 c.p., in quanto comunque complessivamente imparziale, scorretto, disfunzionale⁽¹²⁾.

Più di recente, lo abbiamo accennato, il legislatore è intervenuto nuovamente con il D.L. 16 luglio 2020, n. 76, con il quale è stato riformato il testo dell'art. 323 c.p. proprio con riferimento all'elemento normativo in questione. La *ratio* della novella, manifestamente dichiarata, è quella di ribadire la posizione già sottostante all'intervento del 1997, volta a escludere in blocco la discrezionalità dal potere di sindacato del giudice penale nell'abuso d'ufficio, superando le ritrosie della giurisprudenza mediante un testo ancor più specifico e privo — almeno nelle intenzioni del legislatore — di equivocità⁽¹³⁾.

Le prime pronunce, almeno in termini di principio, sembrano essersi allineate alla soluzione radicale imposta dal legislatore⁽¹⁴⁾: sebbene si sia

⁽¹¹⁾ Emblematica è la prima sentenza sul tema dopo la riforma: Cass., II, 4 dicembre 1997, Tosches, annotata da V. MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, c. 390 ss. Dopo di essa, altre pronunce riconducibili allo stesso filone che esclude la generalizzabilità del sindacato ne hanno comunque interpretato i limiti in senso meno rigoroso. Per tutte: Cass., VI, 24 settembre 2001, n. 45261; Cass., VI, 26 gennaio 2002, n. 1229; Cass., VI, 20 febbraio 2003, n. 34049; Cass., VI, 19 febbraio 2009, n. 13097.

⁽¹²⁾ A partire da Cass., VI, 12 febbraio 2008, n. 25162, Sassari, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1025 ss., con nota di M. DE BELLIS, *Il principio di imparzialità della condotta della pubblica amministrazione dettato dall'art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia precettiva ai fini dell'abuso d'ufficio*; più di recente, Cass., VI, 17 febbraio 2011, n. 27453; Cass., VI, 26 giugno 2013, n. 34086; Cass., II, 27 ottobre 2015, n. 46096.

⁽¹³⁾ Cfr. A. PERIN, *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 23/10/2020; M. NADDEO, *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, in *Arch. pen.*, 1-2021.

⁽¹⁴⁾ Così Cass., VI, 9 dicembre 2020, n. 442/2021.

osservato come un tale atteggiamento abbia una portata sostanzialmente di facciata, celando in realtà una continuità con l'opinione maggioritaria preesistente della giurisprudenza⁽¹⁵⁾. E comunque, molte voci in dottrina si sono mostrate scettiche sulla reale capacità del nuovo testo di imbrigliare l'attività interpretativa delle corti, immaginando plurimi espedienti ermeneutici attraverso cui sarebbe possibile tornare a una lettura della norma simile a quanto accadeva in passato: dalla rivalutazione della condotta alternativa relativa alla violazione dell'obbligo dell'astensione⁽¹⁶⁾, alla riemersione dell'art. 97 Cost. come parametro di riferimento, come «legge», se non facendo leva sull'articolazione dei principi *ivi* espressi posta dall'art. 1 della L. n. 241/1990⁽¹⁷⁾.

Lo scetticismo diffuso circa la possibilità, nonostante tutto, di arrivare a un esito “neutralizzatore” della riforma da parte della giurisprudenza si alimenta non soltanto dell'esperienza fallimentare in tal senso della riforma del 1997, ma tradisce altresì in molti l'opinione nel merito per la quale la scelta legislativa sarebbe troppo radicale negli intenti: sono le zone grigie dell'ordinamento — si osserva — quelle in cui allignano i veri abusi; al di fuori della discrezionalità, nell'attività integralmente vincolata, la fenomenologia del delitto in questione è molto ridotta⁽¹⁸⁾. Se nell'attività discre-

⁽¹⁵⁾ Cfr. A. MERLO, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione “neutralizzatrice” della giurisprudenza*, in *Sist. pen.*, 1 marzo 2021. Più di recente, già Cass., VI, 28 gennaio 2021, n. 8057, specifica la punibilità *ex art.* 323 c.p. delle condotte astrattamente discrezionali ma vincolate in concreto per precedenti scelte compiute dal funzionario.

⁽¹⁶⁾ G.L. GATTA, *Da ‘spazza-corrotti’ a ‘basta paura’: il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo ‘salvo intese’ (e la riserva di legge?)*, in *Sist. pen.*, 17 luglio 2020, par. 4.3; V. VALENTINI, *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 14 settembre 2020, p. 12 ss.

⁽¹⁷⁾ M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 7-2020, p. 162.

⁽¹⁸⁾ Per M. GAMBARDILLA, *Simul stabunt*, cit., p. 163, «abuso d'ufficio e sindacato sul cattivo uso della discrezionalità amministrativa stanno e cadono insieme», dato che il secondo è l'«essenza» del primo; similmente, li ritiene «ontologicamente connessi» S. TORDINI CAGLI, *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in *Pen. dir. proc.*, 25 febbraio 2021, par. 6. Per T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. trim.*, 3-2020, p. 46, l'idea del legislatore «di erigere una cinta immunitaria intorno alla discrezionalità amministrativa rappresenta, di per sé, una flagrante violazione del principio di uguaglianza». *Contra* A. MANNA, G. SALCUNI, *Dalla “burocrazia difensiva” alla “difesa della burocrazia”? Gli itinerari incontrollati della riforma dell'abuso d'ufficio*, in *Leg. Pen.*, 17 dicembre 2020, per i quali il divieto di analogia *in malam partem* impone di ritenere escluso l'eccesso di potere dal sindacato penale dopo la riforma.

zionale non si può mai incorrere in abusi d'ufficio, ormai tale figura è destinata a scomparire. Tanto valeva direttamente depenalizzarlo *in toto* ⁽¹⁹⁾. Per quanto, forse, anche un simile approccio, che spinge la frammentarietà al punto da espellere l'abuso per violazione di legge dall'orbita della penalità, potrebbe determinare un effetto giurisprudenziale opposto, di espansione ermeneutica di altre (anche più gravi) fattispecie, in modo da far rifluire da altrove quella penalità così venuta meno ⁽²⁰⁾.

In ogni caso, al di là dell'opportunità o meno di interventi restrittivi sul tipo del delitto di abuso d'ufficio, volti a neutralizzare in parte o del tutto il potere di sindacato del giudice penale sulla discrezionalità amministrativa con specifico riguardo a tale fattispecie, appare chiaro come la questione generale del controllo giudiziale sul potere pubblico non può essere schiacciata, come sovente accade, sul solo nodo problematico dell'art. 323 c.p.: il quale — s'è visto — è caratterizzato da peculiarità tipologico-sistematiche e politico-criminali sue proprie e ulteriori. Quello del sindacato penale sulla discrezionalità amministrativa è invece un problema più ampio: e alla sua contestualizzazione nell'ambito del percorso evolutivo del diritto pubblico in generale, e del diritto amministrativo in particolare, è opportuno porre attenzione per poterne apprezzare i precipitati rispetto ai singoli luoghi penalistici in cui esso viene in rilievo.

3. Discrezionalità amministrativa ed eccesso di potere nell'ottica di sospetto del diritto penale. Figure sintomatiche e progressiva giuridificazione nel campo del diritto amministrativo.

Quando la fattispecie incriminatrice è costruita sul rimando a categorie proprie del diritto amministrativo è assai probabile che il giudice penale

⁽¹⁹⁾ S. PERONGINI, *L'abuso d'ufficio*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 13.

⁽²⁰⁾ A. NISCO, *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo ma non insolubile*, in *Sist. pen.*, 20 novembre 2020, p. 9. Lo spingere troppo la leva del tipo, della frammentarietà, a contesto politico-criminale invariato, potrebbe invero non avere gli effetti desiderati: nell'ambito dei delitti contro la p.a., infatti, il disvalore penale ormai non discende, come dovrebbe, da una scelta politica del Parlamento, ma « deriva tutto dalla *precomprensione etico-amministrativa* » stratificatasi rispetto a certe classi di fatti (M. DONINI, *Reati contro la p.a. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2-2020, p. 3, ma v. anche pp. 18-20). Ciò non significa, all'opposto, che un qualunque intervento sul tipo in modo da restringere (ma non sopprimere del tutto) l'estensione del sindacato penale con riferimento allo specifico delitto di cui all'art. 323 c.p. sia da rigettare: benché, probabilmente, sia preferibile accentuare la frammentarietà dell'illecito lavorando sugli altri elementi di fattispecie, finora — come detto — trascurati dalla prassi applicativa.

sia chiamato a esprimersi sulla discrezionalità amministrativa⁽²¹⁾: d'altro canto, quest'ultima «è una necessità per l'attività amministrativa di cui forma l'intima sostanza»⁽²²⁾.

Se si ritenesse la discrezionalità immune dal controllo penalistico sull'agire pubblico questo avrebbe un campo ben ristretto, limitato solo a quella porzione di attività amministrativa di mero accertamento della rispondenza della realtà empirica alla fattispecie astratta stabilita a monte dalla legge, del tutto vincolata⁽²³⁾. In questo senso, anche l'approccio della giurisprudenza penale volto a ricondurre nella maniera più ampia la discrezionalità entro le maglie del sindacato del giudice, seppur criticabile nelle sue forme più estreme, pare comunque rispondere nei suoi termini essenziali a un'esigenza di realismo: altrimenti, la gran parte dell'azione pubblica sarebbe immune da controlli da parte del giudice, sarebbe un potere "assoluto".

Ciò detto, affermare che la discrezionalità sia parte integrante di quelle fattispecie nelle quali l'illegittimità dell'atto amministrativo è elemento del fatto tipico solleva una serie di problematiche circa il rischio di indebita invasione del giudice nell'ambito riservato alla decisione della p.a. Del resto, anche quando il sindacato sulla discrezionalità è affidato alla magistratura amministrativa, si propone il medesimo problema: stabilire fino a dove possa spingersi il giudice senza andare a intaccare il principio di separazione dei poteri. Tuttavia, posto che costituzionalmente (art. 113 Cost.) non esiste un ambito di attività amministrativa intangibile rispetto al vaglio di legittimità affidato al potere giurisdizionale⁽²⁴⁾, ogni

⁽²¹⁾ Sulla discrezionalità amministrativa si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Giuffrè, Milano, 1939; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, V, 1960, p. 1098; A. PIRAS, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, p. 65; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 463 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Cedam, Padova, 1986; F. BASSI, *Note sulla discrezionalità amministrativa*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 49 ss.; C. MARZUOLI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 127 ss.

⁽²²⁾ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 166.

⁽²³⁾ Occorre tener presente che la nozione di vincolatezza è anch'essa relativa, come nota E. CARDI, *La manifestazione di interessi nel procedimento amministrativo*, Maggioni, Rimini, 1983, p. 29.

⁽²⁴⁾ D'altro canto, come suggerisce la lettura illuminante di A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 129-131 e 136, le norme costituzionali sulla tutela giurisdizionale sono uniche ed esprimono principi che connotano in modo unitario la funzione giurisdizionale.

giudice può conoscere anche della discrezionalità con il medesimo limite, dato dalla impossibilità di sconfinare nel merito della scelta amministrativa, sostituendosi a essa ⁽²⁵⁾.

Una volta ricompresa la discrezionalità nel controllo del giudice — anche penale — immediato è il collegamento con il suo vizio tipico, l'eccesso di potere ⁽²⁶⁾. La prima premessa da porre, nell'approcciarsi all'eccesso di potere in relazione al problema di cui si discute, è che si tratta di uno dei tre vizi di legittimità in cui può incorrere l'attività discrezionale. Potrebbe sembrare un'affermazione scontata ma, nella sua semplicità, aggiunge qualcosa alla riflessione se si considera che è proprio la legittimità — in tutte le sue forme — dell'atto o del comportamento tenuto dal pubblico ufficiale a costituire il discrimine per la configurazione del reato.

Infatti, non pare che, a una lettura di sistema, vi sia alcun indice dal quale dedurre una limitazione del sindacato del giudice penale sulla legittimità degli atti amministrativi soltanto agli altri due vizi di legittimità, ossia violazione di legge e incompetenza. La conformazione del tipo *ex art. 323 c.p.*, invero, se può in ipotesi limitare l'operatività del sindacato del giudice rispetto a tale specifico delitto, per quanto centrale nella riflessione sul tema, non può al contrario intaccare lo statuto generale della problematica.

L'art. 113 Cost. è «norma espressiva del principio di generalità ed effettività della tutela nei confronti (anche) della pubblica amministrazione» che non trova alcuna limitazione nella natura discrezionale dell'attività, la quale non vale ad affermarne l'intangibilità da parte del giudice. Per A. KLITSCHÉ DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova, 1961, p. 180 ss., il mancato sindacato della discrezionalità, anche da parte del giudice ordinario, configurerebbe un "eccesso di potere giurisdizionale". Secondo F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Jovene, Napoli, 1963, p. 232, la natura di illegittimità amministrativa dell'atto è «immutabile quale che sia l'autorità chiamata al relativo sindacato».

⁽²⁵⁾ A esclusione di quelle ipotesi nelle quali il sindacato sul merito spetta al giudice amministrativo perché così espressamente stabilito, come nel caso del giudizio di ottemperanza.

⁽²⁶⁾ Sull'eccesso di potere si ricordano, per tutti: P. GASPARRI, *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, p. 124 ss.; G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere*, in *Noviss. Dig. It.*, app. III, 1982, p. 221 ss.; F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, 1989, p. 1 ss.; F.G. SCOCA, *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in L. MAZZAROLLI (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1990, p. 171 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008; F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Wolters Kluwer, Milano, 2017; da ultimo, i vari contributi contenuti in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, Giappichelli, Torino, 2018.

Oltre a ciò, l'esclusione dell'ambito dell'attività discrezionale dal vaglio del giudice ordinario era connesso alla teorica — ormai desueta — della degradazione o affievolimento dei diritti⁽²⁷⁾, che davanti al potere amministrativo espresso nell'atto discrezionale si sarebbero “trasformati” in interessi legittimi, non conoscibili in alcun modo da parte di quel giudice, con la conseguente preclusione del sindacato per eccesso di potere. Al contrario, assodato che anche il giudice ordinario può confrontarsi con la discrezionalità, non ha senso escludere che possa avvalersi del suo vizio tipico.

Detto ciò, occorre interrogarsi sulle ragioni che hanno condotto a marginalizzare l'eccesso di potere nel diritto penale. Se ne possono individuare due.

La prima si connette alla comprensibile diffidenza verso l'uso, quasi “tipico” del diritto amministrativo, di formule di non immediata afferrabilità e dai confini poco netti⁽²⁸⁾, la cui comprensione piena richiede una valutazione in ottica evolutiva: anche se il nome dell'istituto è rimasto invariato, la sostanza è mutata con il mutare dei tempi e della natura dei rapporti, progressivamente svincolandosi dal cardine dell'interesse pubblico. Peraltro, si tratta di un «vizio tradizionalmente collegato all'assenza di regole giuridiche scritte»⁽²⁹⁾ e questo è certamente quanto di più distante si possa immaginare dal “gusto penalistico” per la certezza del precetto⁽³⁰⁾.

Dopodiché, c'è la ragione di fondo, quella per cui sembra meglio non far “maneggiare” al giudice ordinario la discrezionalità: la paura che

⁽²⁷⁾ La teoria è da attribuire al pensiero di ORESTE RANELLETTI (*A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Angelini, Avezzano, 1892; *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1937). Questa posizione è stata più volte esaminata e commentata: E. CANNADA BARTOLI, *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranalletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 269 ss.; di recente, per una ricostruzione completa, F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 30 ss.

⁽²⁸⁾ Basti pensare, per esempio, che A. PROTO PISANI, *L'importanza dell'articolo 113, 3° comma Costituzione, per una giustizia effettiva del cittadino contro atti della Pubblica amministrazione*, in *Questione giustizia*, 3-2015, p. 150, commenta come l'eccesso di potere sia «quanto di meno comprensibile anche agli addetti ai lavori ove ci si allontani dalle figure sintomatiche».

⁽²⁹⁾ C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., p. 28. Tradizionalmente il sindacato sull'eccesso di potere ha assunto come cardine l'interesse pubblico. Questa ricostruzione, tuttavia, rifletteva un preciso modo di intendere l'amministrazione, come soggetto speciale, preminente, perché portatrice di tale interesse. Oggi, una simile lettura non è più attuale e risulta incoerente con il riconoscimento dell'esistenza di una logica del rapporto amministrativo, come relazione giuridica articolata su diritti e obblighi (*ivi*, spec. p. 8).

⁽³⁰⁾ Per tutti, cfr. le argomentazioni scettiche di A. MERLO, *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, cit., p. 68 ss.

il suo sindacato sconfini nel merito dell'amministrazione, andando a violare il principio della separazione dei poteri. Tale precauzione assume in questo ambito una declinazione particolare, mostrandosi sotto forma di riluttanza a far osservare da un "esterno" un aspetto tanto delicato. Risente, cioè, della poco condivisibile idea — portata autoritario del pensiero liberale — del privilegio dell'amministrazione che, in quanto soggetto pubblico, pretenderebbe che i suoi atti venissero decisi solo da un giudice speciale⁽³¹⁾. Tale posizione tradizionale è tuttavia ormai contraddetta dal dettato costituzionale, nel quale manca, in realtà, addirittura un fondamento reale e ragionevole che giustifichi il dualismo di giurisdizione, oltre che la specialità del giudice amministrativo⁽³²⁾.

Dunque, a meno di non voler perseverare in un pensiero superato, retaggio storico di un quadro istituzionale ormai desueto, questa motivazione per escludere il risvolto patologico della discrezionalità che è l'eccesso di potere dal sindacato del giudice penale non regge.

Tornando alla prima questione, ossia l'inafferrabilità dell'eccesso di potere, va detto che, nel penale, la giurisprudenza ha sviluppato un ragionamento autonomo, che finisce tuttavia per dilatare oltremodo l'area del penalmente rilevante, provocando tensioni sul piano della garanzia, ad oggi irrisolte. Sennonché, accanto a questa strategia di approccio all'eccesso di potere propria del penale, c'è la strada percorsa in più di un secolo di evoluzione dottrinale e giurisprudenziale amministrativistica⁽³³⁾ che ha pro-

⁽³¹⁾ Sennonché, è stato più volte chiarito che il giudice amministrativo non è il giudice dell'amministrazione, dell'interesse pubblico, della legalità amministrativa, ma è, e deve essere dato il dettato costituzionale, un giudice terzo e imparziale, come ogni giudice. La presunta specialità del diritto amministrativo semmai potrebbe condurre a istituire sezioni specializzate, quanto a competenza, non speciali per stato giuridico. Cfr. L. FERRARA, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 561 ss.

⁽³²⁾ A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, cit., p. 33 ss. Sull'inattualità del dualismo di giurisdizione, oltre ai già citati: M. NIGRO, *È ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 249 ss.; G. PASTORI, *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 921 ss.; C. MARZUOLI, A. ORSI BATTAGLINI, *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 895 ss.; V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in *Astrid rassegna*, 20-2009; E. BALBONI, *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *Quad. cost.*, 2011, p. 648 ss.; E. FABIANI, A. TARTAGLIA POLCINI (a cura di), *Sull'unità della giurisdizione*, Esi, Napoli, 2011.

⁽³³⁾ Articolata, complessa e tortuosa, che è stata definita addirittura come una «struggente telenovela», cfr. B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, III, Cedam, Padova, 1993, p. 315.

dotto quello che è oggi l'eccesso di potere: un contenitore delle regole del potere amministrativo riservato e, al contempo, una tecnica di controllo sul rispetto di quelle stesse regole⁽³⁴⁾. Uno strumento che il percorso evolutivo del diritto vivente ha utilizzato per definire le linee a cui l'amministrazione deve attenersi nell'esercizio del proprio potere: la «deontologia della discrezionalità»⁽³⁵⁾. Invero, l'eccesso di potere mostra il calco, l'impronta in negativo di quelli che, in positivo, sono le direttive dell'attività amministrativa discrezionale⁽³⁶⁾.

Quella stessa giurisprudenza, davanti alla difficoltà di approcciarsi a un concetto così vago, lo ha nel tempo elaborato, fino alla codificazione del vizio in figure sintomatiche, autonome rispetto allo sviamento di potere⁽³⁷⁾: un'invenzione «geniale», a suo modo, perché ha reso il vizio immediatamente percepibile dai suoi sintomi al giudice, permettendo però a quest'ultimo di arrestarsi alla fenomenologia, senza «spingersi fino ad accertare il male»⁽³⁸⁾, l'uso distorto del potere. Operazione che consente perciò di non toccare il merito della scelta pubblica ed evitare indebite ingerenze del giudice nei poteri dell'esecutivo.

Smembrando l'eccesso di potere nelle sue figure sintomatiche, dotate di una connotazione sostanziale, si ottengono, perciò, due effetti: da un lato, aumentano le regole stesse della discrezionalità, con l'inclusione, tra quei dettami idonei a orientare in positivo l'agire pubblico, anche di precetti connessi ai principi e clausole generali sottesi alle stesse figure sintomatiche⁽³⁹⁾; dall'altro, l'eccesso di potere “transita” così verso la violazione di legge, nella misura in cui riceve una “codificazione” in singole regole di condotta. Pertanto — e qui si torna al punto di partenza — la legittimità anche dell'attività discrezionale è valutabile in positivo come conformità a canoni di comportamento, da attuarsi tramite l'eccesso di potere che è vio-

⁽³⁴⁾ C. CUDIA, *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere*, cit., p. 63.

⁽³⁵⁾ C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., p. 3.

⁽³⁶⁾ G. SACCHI MORSIANI, *Eccesso di potere*, cit., p. 221.

⁽³⁷⁾ L'indipendenza tra le figure sintomatiche e lo sviamento di potere non è tuttavia unanimemente riconosciuta: così P. GASPARRI, *Eccesso di potere*, cit., p. 124 e E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 ss.

⁽³⁸⁾ C. MARZUOLI, *Eccesso di potere*, in *Enc. Treccani - Diritto on line*, 2016, par. 4.

⁽³⁹⁾ Sul tema, ampiamente, C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., p. 327 ss.; G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli, 2012, p. 253 ss. Questo percorso aveva condotto a rendere sindacabili anche clausole proprie tradizionalmente del diritto privato, come la buona fede e la collaborazione; oggi, esse sono codificate espressamente al nuovo c. 2 bis dell'art. 1, L. n. 241/1990 (aggiunto dal D.L. n. 76/2020) come principi a cui deve essere improntato il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione.

lazione di un precetto giuridico, di una regola, e come tale pienamente sindacabile dal giudice (*ogni* giudice).

Dunque, se nell'ambito del sindacato del giudice penale il problema è la determinatezza e la mancanza di tassatività della fattispecie incriminatrice, laddove essa inglobi categorie amministrativistiche, la netta separazione tra i due ambiti — penale e amministrativo — che ha condotto a un'evoluzione del concetto secondo direttive difformi, seppur parallele, è controproducente. Invero, lo stesso *deficit* di determinatezza del precetto che si avverte nel diritto penale si può dire che era già stato avvertito nel diritto amministrativo. Pertanto, forse, una maggiore ibridazione tra settori disciplinari permetterebbe di evitare gli eccessi di un'applicazione generalizzata dell'art. 97 Cost.: in quanto la strada dell'eccesso di potere, anziché condurre all'arbitrio giudiziale, racchiude le regole di esercizio della discrezionalità se costruito come violazione di *regole di comportamento predeterminate* e non di generici principi.

4. La progressione della legittimità, a scapito del merito, nell'evoluzione della discrezionalità amministrativa. La moltiplicazione delle regole di comportamento destinate al pubblico funzionario nel quadro della regolazione "flessibile" tipica delle amministrazioni moderne.

Si è detto che l'eccesso di potere sindacava quella componente dell'attività amministrativa discrezionale che è legittimità, assoggettata alla portata conformativa di precetti giuridici.

Quest'area è in costante aumento. A dire il vero, l'esigenza di prevedibilità dell'azione del soggetto pubblico, a presidio della posizione dei privati che si interfacciano con l'amministrazione, che a sua volta implica la necessità della controllabilità dell'azione di quest'ultima, anche in sede giurisdizionale, è un problema con cui il diritto amministrativo ha dovuto fare i conti a partire dall'abbandono di posizioni assolutistiche e autoritarie ormai storiche. Ciò si è tradotto nella progressiva circoscrizione dell'ambito libero della scelta pubblica, orientata non solo dalla predeterminazione normativa dello scopo ma anche da ogni disposizione il cui valore prescrittivo indirizzi l'esercizio del potere: percorso che ha preso avvio con la valorizzazione dell'*iter* logico di formazione della volontà amministrativa e la sua procedimentalizzazione⁽⁴⁰⁾. Da lì, poi, la libertà dell'amministrazione è

⁽⁴⁰⁾ In questo percorso un punto di cesura è stato rappresentato dalla teoria della funzione di Feliciano BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss.; ID., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss. Spostata l'attenzione sulla fase precedente il provvedimento è diventato centrale lo studio del procedimento. Su questo aspetto la letteratura è stermi-

stata sempre più limitata, dato che su di essa hanno proiettato la loro efficacia precettiva anche i principi generali, in particolare quello di legalità, di imparzialità e di buon andamento⁽⁴¹⁾.

Ad oggi, l'evoluzione del diritto pubblico è innegabilmente rivolta nel senso di una regolazione capillare delle attività che abbandona il modello classico, illuminista, della "legge", per dirigersi verso forme di regolazione a carattere flessibile, che dai principi sono scivolose a cascata fino a quella macrocategoria, forse anche troppo unificante, che è la *soft law*⁽⁴²⁾. In un modello tanto "complesso", "reticolare", quale è quello attuale, la discrezionalità viene, cioè, esercitata in un quadro amplissimo di regole di comportamento, di vincoli — più o meno cogenti, auto o eteroimposti da altre amministrazioni — che vanno ben oltre il dettame originario della legge in senso tecnico. Questi vincoli, pur non concretizzati a livello di normazione primaria, e al di là della loro qualificazione, indirizzano l'attività amministrativa, e rendono il suo l'esito maggiormente prevedibile, aumentando, di conseguenza, l'area del giustiziabile.

La *soft law* assume molteplici vesti: dai bando-tipo alle linee guida, dai chiarimenti interpretativi alle comunicazioni, dagli indirizzi alle risposte ai quesiti. Tutte queste "indicazioni" pongono dei precetti — più o meno vincolanti — che, pur privi di una coercibilità in senso tradizionale, hanno effetti *cripto-hard*, in grado di orientare puntualmente l'attività del soggetto pubblico.

In ambito penale, il problema si è mostrato principalmente in relazione alla possibilità che la violazione delle linee guida Anac potesse o meno integrare l'elemento normativo dell'art. 323 c.p., in particolare prima che il D.L. n. 32/2019, c.d. "Sbloccacantieri", imponesse un parziale ritorno alla formula del regolamento unico⁽⁴³⁾. Nell'approcciarsi alla questione era ve-

nata: ricorderemo soltanto, per tutti, G. PASTORI (a cura di), *La procedura amministrativa*, Neri Pozza, Venezia, 1964; G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, p. 779 ss. Già G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1953, p. 29, osservava come l'attività discrezionale sia « un'attività giuridica e deve trovare nel diritto uno o più punti di riferimento ».

(41) F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 97.

(42) Sulla nozione di *soft law* la letteratura è vastissima. Tra i molti, cfr. i vari contributi in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009; G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Riv. della reg. e dei merc.*, 2-2016, p. 1 ss.; E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Giuffrè, Milano, 2008. Nella letteratura penalistica, sul rapporto tra la regolazione flessibile e la norma penale, D. NOTARO, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello stato policentrico*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 20 ss.

(43) I. CAVALLINI, M. ORSETTI, *I reali effetti del c.d. "Sblocca cantieri" sulle Linee Guida ANAC: un'occasione mancata per il tramonto del sistema di soft-law*, in *Aziendaitalia*, 2020, p. 496 ss.

nuto subito in rilievo il problema della definizione della natura di tali atti⁽⁴⁴⁾ e, pur tenendo conto della diversa efficacia vincolante e dunque della frammentarietà interna alla stessa categoria, in via generale la dottrina aveva preferito escludere le linee guida dall'ambito applicativo dell'abuso d'ufficio⁽⁴⁵⁾.

Tuttavia — com'è stato osservato — le linee guida « possono costituire un utile strumento per il giudice in ordine al comportamento “indebito” del pubblico funzionario »⁽⁴⁶⁾. In particolare, laddove la *soft law* si sostanzia in un autolimita che il soggetto pubblico pone in generale per i futuri atti che adotterà, la discrezionalità di cui questi originariamente disponeva viene circoscritta. Simili prescrizioni vanno, cioè, a « rafforzare l'*enforcement* dell'attività puntuale », non solo consentendo una maggiore coerenza e prevedibilità decisionale ma anche agevolando « il controllo giurisdizionale, dotando il giudice di uno strumento utile per verificare il rispetto dei principi d'imparzialità e proporzionalità nel caso concreto »⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁴⁾ Sul punto, per tutti: G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 273 ss.; C. DEODATO, *Linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Giustamm.it*, 4-2016; M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in *Riv. della reg. e dei merc.*, 1-2018, p. 72 ss.; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 381 ss.; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 743 ss. In particolare, tale questione veniva in rilievo in costanza del vecchio testo della norma rispetto alla possibilità di integrare la violazione di regolamento allora richiamata dall'art. 323 c.p.

⁽⁴⁵⁾ In tal senso, prima della riforma, V. VALENTINI, *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. pen.*, 3-2018, p. 1 ss.; F. ROTONDO, *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in *Pen. dir. proc.*, 13/05/2020; distinguevano tra linee guida vincolanti, assimilabili ai regolamenti, e non vincolanti G. SALCUNI, *La «disciplina altrove». L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Esi, Napoli, 2019, spec. p. 149 ss., V. NERI, *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza della loro violazione*, in *Urb. e app.*, 2018, p. 149 ss. e C. CUPELLI, *L'abuso d'ufficio*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 286; riteneva invece comunque rilevanti anche quelle non vincolanti ai fini della configurabilità del reato V. MANUALI, *Linee guida ANAC e abusi d'ufficio*, in *Giustamm.it*, 3-2018.

⁽⁴⁶⁾ E.M. AMBROSETTI, *Abuso ed omissione d'ufficio: violazione delle linee guida A.N.A.C.*, in *Atti del Convegno di Studio “Nuovi profili di responsabilità della pubblica amministrazione e danno”*, Castelfranco Veneto, 23 novembre 2018, p. 65.

⁽⁴⁷⁾ M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. della reg. e dei merc.*, 2-2016, p. 63.

In quest'ottica, nel problema dell'efficacia prescrittiva della *soft law* e del sindacato su di essa si percepiscono forti echi del ben più tradizionale problema della sindacabilità delle circolari⁽⁴⁸⁾. Attraverso tale strumento, nonostante il suo carattere non normativo, l'amministrazione individua le forme, le condizioni e i limiti della sua futura condotta. Perciò, se l'amministrazione agisce in violazione delle stesse, senza motivare adeguatamente, la sua attività risulta illegittima, non conforme all'interesse pubblico⁽⁴⁹⁾, viziata. D'altro canto, la violazione di circolari, e in genere dell'autolimita⁽⁵⁰⁾, è una delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere: l'abbandono della «linea organica [...] impone di presumere l'eccesso di potere, perché non c'è ragione per cui il caso singolo debba essere trattato diversamente da quanto si è deciso di fare in via generale»⁽⁵¹⁾. Ora, una circolare, un autolimita, indicando la linea di condotta migliore da tenere in futuro, crea un'aspettativa sul rispetto della stessa, vincola in qualche misura il decisore pubblico e costituisce un parametro di riferimento per il giudice che è ben più concreto e preciso di un generico riferimento all'art. 97 Cost.

Invero, è innegabile che questa fitta rete di prescrizioni, definite normative funzionali⁽⁵²⁾, «consuma» la discrezionalità, elidendo l'originario margine di scelta del soggetto pubblico⁽⁵³⁾, con l'effetto di vincolare l'amministrazione, e tutto l'apparato organizzativo da essa dipendente. Tali indicazioni, cioè, orientano e dirigono l'operato dell'amministratore entro linee che ne garantiscono la «legittimità», dettando canoni oggettivi da seguire e parametri di riferimento per il controllo giurisdizionale.

Tuttavia, se il novero delle regole è certamente in costante aumento e la loro pervasività in certa ascensione, resta fermo che parte dell'attività pubblica non può formare oggetto integralmente di regole giuridiche, più o meno

⁽⁴⁸⁾ M.S. GIANNINI, *Circolare*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 3 ss.; F. BASSI, *Circolari amministrative*, in *Dig. disc. pubb.*, III, 1989, p. 55 ss.

⁽⁴⁹⁾ F. CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, c. 114.

⁽⁵⁰⁾ P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1999.

⁽⁵¹⁾ F. SATTÀ, *Giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1997, p. 248. Per alcuni autori, tuttavia, la violazione di circolari può essere ricondotta alla violazione di legge, per difetto assoluto di motivazione: C. CAMILLI, *Considerazioni sui sintomi*, in *Riv. dir. pubb.*, 1965, p. 1038 ss. Sul punto, ampiamente, C. CUDIA, *Funzione amministrativa*, cit., p. 266 ss., che lo rapporta alla violazione di clausole generali di diritto comune.

⁽⁵²⁾ A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 129.

⁽⁵³⁾ P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2001, p. 266 ss.

puntuali: esistono delle aree d'ombra nelle quali si manifesta quell'«arte dell'amministrare»⁽⁵⁴⁾, che è ineliminabile. Questo, tuttavia, non sposta l'asse del problema né le soluzioni proposte, dato che quell'area — il merito — come già detto e con le dovute cautele, così da evitare una lettura formalistica del principio di separazione dei poteri, è e rimane insindacabile.

5. Riflessioni conclusive. La prevedibilità-calcolabilità come orizzonte di convergenza della legalità penale e di quella amministrativa.

L'evoluzione del diritto amministrativo — del diritto pubblico — abbiamo visto conduce a uno scenario di maggiore giustiziabilità, controllo del potere pubblico, determinatezza delle regole di comportamento che lo imbrigliano, e quindi obblighi per l'amministrazione. Nel campo penale, la situazione è di estrema complessità, viste le tensioni politico-criminali presenti.

Esigenze generali di garanzia, ma anche di rispetto della separazione dei poteri — per cui ci deve essere un'area (per quanto recessiva) di merito riservata all'amministrazione, e non sindacabile dal giudice né amministrativo né penale — se pure non orientano il problema generale dell'estensione del sindacato penale sulla discrezionalità verso i lidi estremi della mancanza totale di controlli, fatti propri dalla recente riforma dell'abuso d'ufficio, tuttavia impongono di ritenere eccessivi i massimalismi giurisprudenziali più indietro ricordati: seguendo i quali parrebbe invece quasi potersi inverare il paradosso per cui il giudice penale abbia un potere di sindacato più ampio di quello del giudice amministrativo⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ A. AMORTH, *Il merito amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1939, p. 34. Sul merito amministrativo, in generale, vedi anche G. CORAGGIO, *Merito amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXVI, 1976, p. 130 ss.; A. PUBUSA, *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, 1994, p. 402 ss.; B. GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Cedam, Padova, 2013.

⁽⁵⁵⁾ La maggioranza della dottrina concorda circa l'esclusione del merito dall'area di controllo del giudice penale: per tutti, F. FRANCHINI, *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 337 ss.; T. ALIBRANDI, *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Jovene, Napoli, 1969, p. 60; G. VASSALLI, *Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1983, p. 2055; R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 44; P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 215; *contra* R. VENDITTI, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, cit., p. 36 ss. Alcuni autori, con argomentazioni condivisibili, puntualizzano invece come in realtà al giudice penale sia consentito conoscere il merito, ma solo «per verificare se in realtà non si tratti di un apparente merito amministrativo, che cela, nasconde, un “merito” privato di natura criminosa»: M.

Appurato ciò, il problema si riconduce a quello della difficile partizione tra legittimità e merito nell'attività discrezionale. Finora il diritto penale, per timore di vedere pretermesse le proprie esigenze di legalità-garanzia, ha perseguito la strada dell'autarchia concettuale: con i risultati paradossali che si sono ricordati, ovvero la mortificazione, nel diritto vivente, della determinatezza del precetto, e della sua prevedibilità *ex ante*. Al contempo, il diritto amministrativo, pur con cadenze inevitabilmente diverse, ha affinato le proprie categorie, lavorando sulla figura dell'eccesso di potere, come altra faccia della discrezionalità, mosso da esigenze simili: prevedibilità, calcolabilità delle conseguenze.

Ma allora, la contraddizione tra le linee di sviluppo di questi due mondi — del penale e dell'amministrativo — è forse solo apparente: in fondo, la preoccupazione fondante che muove entrambi, e che pare bisognosa di cura e rivalutazione in questo frangente storico-sociale, è quella appunto della prevedibilità-calcolabilità⁽⁵⁶⁾.

Da tempo sappiamo come la legalità penale si sta spostando sempre di più dalla sua veste tradizionale, che pone l'accento sulla riserva di legge, sulla legge in senso tecnico, alla dimensione garantista che è la prevedibilità delle conseguenze delle proprie azioni, la prevedibilità della decisione del giudice penale⁽⁵⁷⁾. Anche nel settore specifico e massimamente problematico dell'abuso d'ufficio, è la prevedibilità in fondo la vera preoccupazione che induce le disfunzionalità della burocrazia difensiva: la "paura della firma" è la paura dell'arbitrio del giudice (o, più spesso, del pubblico

GAMBARDELLA, *Il controllo del giudice penale*, cit., p. 108; simile anche la posizione di T. PADOVANI, *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, cit., p. 88, nonché C. FRANCHINI, *Il controllo del giudice penale*, cit., p. 93. In effetti, anche il giudice amministrativo « può indagare *sul merito*, allo scopo di rilevare una eventuale illegittimità nel suo esercizio [...] ma mai entrare *nel merito* » (G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il confine tra illegittimità amministrativa ed illecito penale nell'esercizio delle attività discrezionali della P.A.*, in *Giustamm.it*, 12-2013, p. 11).

⁽⁵⁶⁾ È la *calcolabilità*, nella prospettiva weberiana, il tratto fondamentale del « diritto razionale » caratteristico della modernità capitalistica (M. WEBER, *Storia economica*, Donzelli, Roma, 2007, p. 249 ss.). La prevedibilità-calcolabilità è dunque un panorama unificante per ogni ramo del diritto. Sul tema, cfr. i vari contributi in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017.

⁽⁵⁷⁾ Senza pretesa di completezza, per tutti: i vari contributi del volume C.E. PALIERO *et al.* (a cura di), *La crisi della legalità. Il « sistema vivente » delle fonti penali*, Esi, Napoli, 2016, e in particolare F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, p. 213 ss.; F. PALAZZO, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1281 ss.; C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Esi, Napoli, 2012.

ministero nella fase delle indagini) che *ex post* contesti l'abusività dell'azione amministrativa portata avanti ⁽⁵⁸⁾.

In questo senso, il percorso ideale verso la legalità dell'agire pubblico che si è prima descritto sembrerebbe a nostro avviso collimare con la vicenda della legalità penale. La prevedibilità, come corollario della giuridificazione del potere, si porrebbe così come uno scenario di convergenza tra la legalità penale e la legalità amministrativa ⁽⁵⁹⁾.

Il quadro di partenza, in cui la giurisprudenza penale estende il proprio potere di sindacato su ogni aspetto della decisione pubblica, sembrerebbe trovare sollievo, sul piano della prevedibilità-garanzia, dal moltiplicarsi di regole di comportamento, anche di matrice flessibile. Com'è accaduto nella vicenda della colpa penale, la proliferazione di regole di condotta (o di cautela) anche *soft*, quali le *guidelines* in ambito medico, assume un ruolo indubitabilmente *in bonam partem*, permettendo di ritagliare delle aree di non abusività del comportamento pubblico qualora questo si conformi a specifiche direttive conoscibili *ex ante* dal funzionario ⁽⁶⁰⁾.

Certo, si capisce come un sistema di fonti flessibili, ampio e multiforme, sia ben altro dal modello illuminista, fatto di leggi poche e chiare, cui si aspirerebbe. Tuttavia, è innegabile come la complessità, sotto ogni profilo — di fonti regolative, anzitutto — sia la cifra della modernità, anche di quella dell'amministrazione pubblica ⁽⁶¹⁾. Ci pare dunque inevitabile l'appello ad abbandonare l'illusione di soluzioni semplici e cristalline, per immergersi nelle difficili operazioni di soppesare, valutare caso per caso, attenti allo scivolamento negli automatismi repressivi e avendo sempre per stella polare i principi di garanzia che governano la penalità.

⁽⁵⁸⁾ Anche T. PADOVANI, *Vita, morte e miracoli*, cit., p. 49, individua sostanzialmente nella prevedibilità la «prima, e più efficace» difesa dei pubblici funzionari: le «norme che essi applicano» devono essere «nitide e precise».

⁽⁵⁹⁾ Un'idea simile, seppur declinata in modo in parte diverso e comunque con riferimento alla sola fattispecie di corruzione propria, è proposta già da C. CUDIA, *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio*, cit., p. 716 ss.

⁽⁶⁰⁾ Proprio il parallelo con il tema della colpa, e in particolare della colpa medica, permette a nostro avviso di cogliere appieno il potere «frammentarizzante» delle regole *soft* rispetto a uno scenario di onnicomprensività della tutela, politicamente difficile, se non impossibile, da eliminare davvero con un atto d'imperio legislativo. Come nella vicenda dell'abuso d'ufficio, anche in quella della colpa medica — si può osservare — plurimi interventi normativi non sono riusciti a neutralizzare la costante riemersione della punibilità della colpa generica e non grave.

⁽⁶¹⁾ Sui profili di mutamento dell'amministrazione nelle società complesse cfr. R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2014, p. XVI ss.

Bibliografia

- ALIBRANDI T., *La sindacabilità del provvedimento amministrativo nel processo penale*, Jovene, Napoli, 1969.
- ALIBRANDI T., *L'atto amministrativo nella fattispecie penale (avvio ad una ricostruzione tipologica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, p. 764 ss.
- AMBROSETTI E.M., *Abuso ed omissione d'ufficio: violazione della linee guida A.N.A.C.*, in *Atti del Convegno di Studio "Nuovi profili di responsabilità della pubblica amministrazione e danno"*, Castelfranco Veneto, 23/11/2018, p. 63 ss.
- AMORTH A., *Il merito amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1939.
- BALBONI E., *Qualche idea, antica e nuova, a favore dell'unicità della giurisdizione*, in *Quad. cost.*, 2011, p. 648 ss.
- BASSI F., *Circolari amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, p. 55 ss.
- BASSI F., *Note sulla discrezionalità amministrativa*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 49 ss.
- BENVENUTI F., *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss.
- BENVENUTI F., *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, p. 118 ss.
- BENVENUTI F., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1986.
- BERTI G., *Procedimento, procedura, partecipazione*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975, p. 779 ss.
- CAMILLI C., *Considerazioni sui sintomi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1965, p. 1038 ss.
- CAMMEO F., *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, c. 107 ss.
- CANNADA BARTOLI E., *Intorno alla genesi del diritto affievolito nel pensiero di Oreste Ranalletti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, p. 269 ss.
- CARACCIOLI I., *Abuso d'ufficio e controllo del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Nuova rassegna*, 1994, p. 2349 ss.
- CARDI E., *La manifestazione di interessi nel procedimento amministrativo*, Maggioli, Rimini, 1983.
- CARLEO A. (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017.
- CASSETTA E., *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 293 ss.
- CAVALLINI I., ORSETTI M., *I reali effetti del c.d. "Sblocca cantieri" sulle Linee Guida ANAC: un'occasione mancata per il tramonto del sistema di soft-law*, in *Aziendaitalia*, 2020, p. 496 ss.
- CAVALLO B., *Provvedimenti e atti amministrativi*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, III, Cedam, Padova, 1993.
- CERULLI IRELLI V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, p. 463 ss.
- CERULLI IRELLI V., *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in *Astrid rassegna*, 20-2009.
- CINGARI F., *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto "integrato"*, Giappichelli, Torino, 2012.
- CINGARI F., *La corruzione per l'esercizio della funzione*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 405 ss.

- CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di ANAC*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, p. 381 ss.
- CIOFFI A., *Eccesso di potere e violazione di legge nell'abuso d'ufficio: profili di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2001.
- CLEMENTE DI SAN LUCA G., *Il confine tra illegittimità amministrativa ed illecito penale nell'esercizio delle attività discrezionali della P.A.*, in *Giustamm.it*, 12-2013.
- COCCO G., *L'atto amministrativo invalido elemento delle fattispecie penali*, Cucc, Cagliari, 1996.
- CONTENTO G., *Giudice penale e pubblica amministrazione: il problema del sindacato giudiziale sugli atti amministrativi in materia penale*, Laterza, Roma-Bari, 1979.
- CORAGGIO G., *Merito amministrativo*, in *Enc. giur.*, XXVI, 1976, p. 130 ss.
- CUDIA C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela: dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano, 2008.
- CUDIA C., *L'atto amministrativo contrario ai doveri di ufficio nel reato di corruzione propria: verso una legalità comune al diritto penale e al diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2017, pp. 683 ss.
- CUDIA C., *Eccesso di potere e clausole generali*, in S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, Giappichelli, Torino, 2018.
- CUDIA C., *L'atto discrezionale nel reato di corruzione propria tra diritto penale e diritto amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 833 ss.
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Esi, Napoli, 2012.
- CUPELLI C., *L'abuso d'ufficio*, in B. ROMANO, A. MARANDOLA (a cura di), *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 273 ss.
- DE BELLIS M., *Il principio di imparzialità della condotta della pubblica amministrazione dettato dall'art. 97, comma 1, Cost. può avere efficacia precettiva ai fini dell'abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1027 ss.
- DE FRANCESCO G., *La fattispecie di abuso d'ufficio: profili ermeneutici e di politica criminale*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1633 ss.
- DEL CORSO S., *Il delitto di corruzione "propria"*, in A. D'AVIRRO (a cura di), *I nuovi delitti contro la pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 207 ss.
- DELFINO F., *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Jovene, Napoli, 1963.
- DI VETTA G., *L'abuso di ufficio: cronaca di un «ritorno»*, in *Criminalia*, 2016, p. 399 ss.
- DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale "tipo di autore"*, Mucchi, Modena, 2014.
- DONINI M., *Reati contro la p.a. e riconoscibilità del precetto. L'imputazione del formante amministrativo e di quello giurisprudenziale*, in *Arch. pen.*, 2-2020.
- FABIANI E. / TARTAGLIA POLCINI A. (a cura di), *Sull'unità della giurisdizione*, Esi, Napoli, 2011.
- FERRARA L., *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*, 2014, p. 561 ss.

- FERRARA R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari, 2014.
- FIANDACA G., *Verso una nuova riforma dell'abuso di ufficio?*, in *Questione giustizia*, 1996, p. 308 ss.
- FIDELBO G. (a cura di), *Il contrasto dei fenomeni corruttivi dalla "spazzacorrotti" alla riforma dell'abuso d'ufficio*, Giappichelli, Torino, 2020.
- FOLLIERI F., *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Wolters Kluwer, Milano, 2017.
- FRANCHINI C., *Il controllo del giudice penale sulla pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1998.
- FRANCHINI F., *Aspetti del sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, p. 337 ss.
- GAMBARDELLA M., *Considerazione sulla «violazione di norme di legge» nel nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2335 ss.
- GAMBARDELLA M., *Il controllo del giudice penale sulla legalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2002.
- GAMBARDELLA M., *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it.*, 2013, p. 742 ss.
- GAMBARDELLA M., *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, 7-2020, p. 133 ss.
- GASPARRI P., *Eccesso di potere (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 124 ss.
- GATTA G.L., *Da 'spazza-corrrotti' a 'basta paura': il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal Governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in *Sist. pen.*, 17/7/2020.
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, Giuffrè, 1939.
- GIANNINI M.S., *Circolare*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 3 ss.
- GILIBERTI B.H., *Il merito amministrativo*, Cedam, Padova, 2013.
- GROSSO C.F., *Condotte ed eventi del delitto di abuso di ufficio*, in *Foro it.*, 1999, V, c. 329 ss.
- KLITSCHKE DE LA GRANGE A., *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova, 1961.
- LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2001.
- LEDDA F., *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80: atti del 30. Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Varenna, Villa Monastero, 20-22 settembre 1984*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 92 ss.
- LIPARI M., *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in *Riv. della reg. e dei merc.*, 1-2018, p. 72 ss.
- MANES V., *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, c. 390 ss.
- MANES V., *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it.*, 2000, p. 926 ss.
- MANNA A., *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2004.
- MANUALI V., *Linee guida ANAC e abusi d'ufficio*, in *Giustamm.it*, 3-2018.
- MARONE F., *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, p. 743 ss.

- MARZUOLI C., *Discrezionalità amministrativa e sindacato giudiziario: profili generali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 127 ss.
- MARZUOLI C., ORSI BATTAGLINI A., *Unità e pluralità della giurisdizione: un altro secolo di giudice speciale per l'amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 1997, p. 895 ss.
- MASSI S., «*Qui in corruptione versatur etiam pro licito tenetur*». "Offesa" e "infedeltà" nella struttura della corruzione propria, Giappichelli, Torino, 2004.
- MASSI S., *La determinabilità dell'atto contrario ai doveri d'ufficio nella fattispecie di corruzione propria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2016, p. 745 ss.
- MASSI S., *Elusione del fatto tipico e speciale antidoverosità della condotta. Un'indagine sui confini della fattispecie penale*, Giappichelli, Torino, 2019.
- MASSI S., *Parametri formali e "violazione di legge" nell'abuso d'ufficio*, in *Arch. pen.*, 1-2019.
- MERLI A., *Il controllo di legalità dell'azione amministrativa e l'abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. cont.*, 16/11/2012.
- MERLI A., *Sindacato penale sull'attività amministrativa e abuso d'ufficio*, Ed. Scientifica, Napoli, 2012.
- MERLO A., *L'abuso d'ufficio tra legge e giudice*, Giappichelli, Torino, 2019.
- MERLO A., *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in *Sist. pen.*, 1/3/2021.
- MIELE G., *Principi di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1953.
- MODUGNO F., MANETTI M., *Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, XII, 1989, p. 1 ss.
- MORBIDELLI G., *Degli effetti giuridici della soft law*, in *Riv. della reg. e dei merc.*, 2-2016, p. 1 ss.
- MORBIDELLI G., *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 273 ss.
- MORTATI C., *Discrezionalità*, in *Noviss. Dig. It.*, V, 1960, p. 1098 ss.
- MOSTACCI E., *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Giuffrè, Milano, 2008.
- NADDEO M., *La nuova struttura dell'art. 323 c.p.*, in *Arch. pen.*, 1-2021.
- NERI V., *Disapplicazione delle linee guida ANAC e rilevanza della loro violazione*, in *Urb e app.*, 2018, p. 145 ss.
- NIGRO M., *E ancora attuale una giustizia amministrativa?*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 249 ss.
- NISCO A., *La riforma dell'abuso d'ufficio: un dilemma legislativo ma non insolubile*, in *Sist. pen.*, 20/11/2020.
- NOTARO D., *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello stato policentrico*, Giappichelli, Torino, 2010.
- PADOVANI T., *L'abuso di ufficio e il sindacato del giudice penale*, in *Riv. it.*, 1989, p. 76 ss.
- PADOVANI T., *Le metamorfosi dell'abuso d'ufficio*, in *Ind. pen.*, 2017, p. 998 ss.
- PADOVANI T., *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.*, 3-2018.
- PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. trim.*, 3-2020, p. 42 ss.
- PALAZZO F., *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini*, 2007, p. 1281 ss.
- PALAZZO F., *Il giudice penale tra esigenze di tutela sociale e dinamica dei poteri pubblici*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 1610 ss.

- PALIERO C.E. *et al.* (a cura di), *La crisi della legalità. Il « sistema vivente » delle fonti penali*, Esi, Napoli, 2016.
- PARODI GIUSINO M., *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso di ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, p. 879 ss.
- PASTORI G. (a cura di), *La procedura amministrativa*, Neri Pozza, Venezia, 1964.
- PASTORI G., *Per l'unità e l'effettività della giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 921 ss.
- PERIN A., *L'imputazione per abuso d'ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *Leg. pen.*, 23/10/2020.
- PERONGINI S., *L'abuso d'ufficio*, Giappichelli, Torino, 2020.
- PETRONE M., *Attività amministrativa e controllo penale*, Giuffrè, Milano, 2000.
- PIRAS A., *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, p. 65 ss.
- PROTO PISANI A., *L'importanza dell'articolo 113, 3° comma Costituzione, per una giustizia effettiva del cittadino contro atti della Pubblica amministrazione*, in *Questione Giustizia*, 3/2015, p. 1 ss.
- PUBUSA A., *Merito e discrezionalità amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, IX, 1994, p. 402 ss.
- RAMAJOLI M., *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. della reg. e dei merc.*, 2-2016, p. 53 ss.
- RAMPIONI R., *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Giuffrè, Milano, 1984.
- RANELLETTI O., *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Angelini, Avezzano, 1892.
- RANELLETTI O., *Le guarentigie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1937.
- ROMANO A., *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 1999, p. 111 ss.
- ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali⁴*, Giuffrè, Milano, 2019.
- ROTONDO F., *Linee guida ANAC ed abuso d'ufficio: principio di legalità e modifiche mediate della fattispecie incriminatrice*, in *Pen. dir. proc.*, 13/05/2020.
- SACCHI MORSIANI G., *Eccesso di potere*, in *Noviss. Dig. It.*, app. III, 1982, p. 221 ss.
- SALCUNI G., *La « disciplina altrove ». L'abuso d'ufficio fra regolamenti e normazione flessibile*, Esi, Napoli, 2019.
- SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Cedam, Padova, 1997.
- SCALIA V., *La corruzione: a never-ending story*, Giappichelli, Torino, 2020.
- SCOCA F.G., *La crisi del concetto di eccesso di potere*, in MAZZAROLLI L. (a cura di), *Prospettive del processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1990, p. 171 ss.
- SCOCA F.G., *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017.
- SIGISMONDI G., *Eccesso di potere e clausole generali. Modelli di sindacato sul potere pubblico e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli, 2012.
- SILVA C., *Elementi normativi e sindacato del giudice penale*, Cedam, Padova, 2014.
- SOMMA A. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009.
- TANDA P., *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Giappichelli, Torino, 1999.
- TESAURO A., *Violazione di legge ed abuso d'ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2002.

- TORDINI CAGLI S., *Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in *Pen. dir. proc.*, 25/2/2021.
- TORRICELLI S. (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità: sistemi giuridici a confronto*, Giappichelli, Torino, 2018.
- VALENTINI V., *Abuso d'ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi preventivi*, in *Arch. pen. web*, 3-2018, p. 1 ss.
- VALENTINI V., *Burocrazia difensiva e restyling dell'abuso d'ufficio*, in *DisCrimen*, 14/9/2020.
- VALLINI A., *L'abuso d'ufficio*, in F. PALAZZO (a cura di), *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Esi, Napoli, 2011, p. 257 ss.
- VASSALLI G., *Corruzione propria e corruzione impropria*, in *Giust. pen.*, 1979, II, c. 305 ss.
- VASSALLI G., *Giudice ordinario (civile e penale) e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1983, p. 2053 ss.
- VENDITTI R., *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi*, in *Riv. it.*, 1965, p. 28 ss.
- VIGANÒ F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in C.E. PALIERO *et al.* (a cura di), *La crisi della legalità. Il « sistema vivente » delle fonti penali*, Esi, Napoli, 2016, p. 213 ss.
- VILLATA R., *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Giuffrè, Milano, 1980.
- VIPIANA P.M., *L'autolimitate della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa tra coerenza e flessibilità*, Giuffrè, Milano, 1999.
- WEBER M., *Storia economica*, Donzelli, Roma, 2007.

ROBERTA DE PAOLIS

**LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI
NEL CONTRASTO ALLA CORRUZIONE:
NUOVE FRONTIERE PER SUPERARE
IL “PROBLEMA DELLA TALPA”**

*«È l'esercizio del potere che corrompe gli uomini,
o il temperamento corruttibile che rende adatti all'esercizio del potere?
È lo stesso problema della talpa:
ha gli occhi piccoli perché vive in ambiente sotterraneo,
o vive sotto terra perché ha gli occhi piccoli?»*

JEAN ROSTAND

SOMMARIO: 1. Il “sistema 231” e le sue lacune. — 2. Premessa per uno sguardo comparatistico. — 3. I “Settlement Agreements” britannici ed il modello statunitense. — 4. La Loi Sapin II (2016) nell’ordinamento francese. — 5. Vantaggi e svantaggi del sistema dei “Settlement Agreements”. — 6. I sistemi di diversione e l’ordinamento italiano: una possibilità? — 7. Una prima riflessione conclusiva.

1. Il “sistema 231” e le sue lacune.

Il biologo Jean Rostand, a cavallo tra la fine del XIX ed il XX secolo, pose una domanda il cui spirito provocatorio celava una verità destinata ad essere drammaticamente attuale: «È l’esercizio del potere che corrompe gli uomini, o il temperamento corruttibile che rende adatti all’esercizio del potere? È lo stesso problema della talpa: ha gli occhi piccoli perché vive in ambiente sotterraneo, o vive sotto terra perché ha gli occhi piccoli?».

Difatti, calando un simile interrogativo nel nostro ordinamento — e traducendone i termini in ottica anticorruzione — ne emerge un tema di particolare attualità ed urgenza: è la natura stessa della corruzione a renderla quanto mai endemica ed oscura, oppure è l’“ambiente normativo” in cui si inserisce che ne alimenta endemia e oscurità? In altre parole, quanto vi è di “naturalmente insuperabile” nel fenomeno corruttivo e quanto di

migliorabile — o addirittura superabile — nelle nostre strategie di contrasto?

È dunque con il proposito di rispondere a quest'ultima suggestione che si è voluto partire in questa sede dall'analisi dei tratti fondamentali della disciplina domestica — dall'“ambiente normativo”, per l'appunto — al fine di comprendere l'effettività delle strategie approntate in ambito anticorruzione.

In ottemperanza delle indicazioni internazionali⁽¹⁾, l'ordinamento italiano ha approvato la L. n. 300/2000⁽²⁾ la quale, attraverso il successivo D.Lgs. n. 231/2001, ha adeguato la normativa domestica in materia di responsabilità delle persone giuridiche. Più nello specifico, l'art. 11 della L. n. 300/2000 prevedeva una delega al Governo per costruire un sistema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, con esclusione dello Stato e degli altri enti pubblici che esercitano pubblici poteri, nonché delle società e degli enti privi di personalità giuridica. Tale provvedimento è stato salutato come l'apripista di una vera e propria “rivoluzione copernicana” finalizzata a superare lo sbarramento all'estensione della responsabilità in capo agli enti servente il principio «societas delinquere non potest»⁽³⁾ e, soprattutto, il dettato costituzionale per cui «la responsabilità penale è personale» (art. 27 Cost.)⁽⁴⁾. Così, il D.Lgs. n. 231 ha costruito una disciplina che inaugura la responsabilità “amministrativa” degli enti dipendente da reato, il cui punto nodale posa sulla fondamentale rilevanza attribuita ai Modelli di Organizzazione e Gestione: se adeguatamente adottati, solleverebbero l'ente da qualsiasi responsabilità, ovvero, se adottati in un momento successivo alla commissione del reato, contribuirebbero a temperare la risposta sanzionatoria in presenza di ulteriori condotte riparatorie⁽⁵⁾. In

(1) Convenzione OCSE sulla lotta alla Corruzione dei Pubblici Ufficiali stranieri nelle transazioni internazionali, Parigi, 17 dicembre 1997.

(2) L. n. 300, 29 settembre 2000.

(3) F. BRICOLA, *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970, p. 957.

(4) Per una ricognizione si rimanda a A. ALESSANDRI, *Commento all'art. 27 comma 1 Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Zanichelli, Bologna, 1991, p. 1 s.; C.F. GROSSO, voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, 1968, p. 707 s. E. DOLCINI, *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, p. 21. Delimitano la portata dell'art. 27 comma 1 Cost. al solo individuo anche G. PECORELLA, *Societas delinquere potest*, in *Riv. giur. lav.*, IV, 1977, p. 366 ss.; A. FALZEA, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Studi per Lorenzo Campagna*, vol. I, *Scritti di diritto privato*, Giuffrè, Milano 1982, p. 310.

(5) Cfr. D. PULITANÒ, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir., Agg.*, VI, Milano, 2002, p. 959 ss. Sui differenti modelli di responsabilità presenti nel decreto, a seconda del ruolo rivestito dalla persona fisica agente,

buona sostanza, il legislatore ha voluto consegnare la sfida della prevenzione nelle mani delle stesse società chiamandole ad adottare modelli organizzativi capaci di scongiurare la commissione dei reati, riponendo dunque fiducia in un meccanismo che rendesse diseconomica l'accettazione del rischio derivante da questi ultimi⁽⁶⁾. Difatti, in caso di accertamento della responsabilità della persona giuridica, non solo è prevista l'applicazione di sanzioni pecuniarie, ma altresì di sanzioni interdittive le quali, applicabili sin dalla fase cautelare, sono capaci di operare in modo definitivo laddove la gravità del reato supera l'esigenza di evitare una fuoriuscita dal mercato da parte dell'ente. Tutto considerato, è evidente come l'ambizione della disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 231 non sia tanto quella di sortire i propri effetti all'interno del procedimento di accertamento della responsabilità degli enti, quanto piuttosto di farlo al di "fuori" ed al di "qua" di quest'ultimo, vale a dire per il sol fatto di essere in vigore⁽⁷⁾.

Tuttavia, il successo di un simile proposito è possibile solo a condizione che sia effettivo il potenziale deterrente delle previsioni sanzionatorie e la capacità dell'impegno richiesto alle imprese di raggiungere l'effetto sperato. È pertanto in questo frangente che emerge il ruolo critico di determinati reati-presupposto, i quali fungono da cartina di tornasole circa la potenziale efficacia della strategia approntata dal legislatore del 2001: tra questi, ricoprono un ruolo sicuramente di primo piano le fattispecie di cui all'art. 25 del Decreto (concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione), stante la loro capacità di "svelare" i limiti della disciplina sia su di un piano "strutturale" che su quello "dinamico"⁽⁸⁾. In un primo momento, le incertezze risiedono nella natura stessa dello strumento prescelto dal legislatore, nella misura in cui il ricorso alla comminatoria penale impone di conformarsi a dei vincoli — primo tra tutti la ne-

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, 2009, p. 297 ss. V. altresì DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in GROSSO ET AL. (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2008, 145 ss.; C. DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1348 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia*, in *Soc.*, 2015, p. 474.; C. PIERGALLINI, "Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «modello organizzativo» ex d.lgs. 231/2001)", in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Torino, 2011, p. 25.

⁽⁷⁾ R.A. RUGGIERO, *Cracking Down On Corporate Crime In Italy*, in 3 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, 2016, 446.

⁽⁸⁾ Più di recente, G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Il contrasto ai fenomeni corruttivi*, Giappichelli, Torino, 2020.

cessaria tipizzazione dell'illecito — a cui il fenomeno corruttivo pare sfuggire con grande agilità. Più nello specifico, è necessario richiamare una delle caratteristiche che giustificano la tirannia dello “*ius terribile*”, vale a dire il fatto di produrre i suoi effetti esclusivamente a fronte di accadimenti singoli — ancorché spesso di enormi dimensioni — così da rispondere adeguatamente al principio di legalità che esige che la descrizione del divieto (o del comando) raggiunga un minimo di precisione e determinatezza rispetto ad un'apprezzabile offesa ad un bene giuridico. Pertanto, risulta innegabile l'inadeguatezza del presidio penale nel contenere fatti corruttivi — sia pulviscolari⁽⁹⁾ che endemici⁽¹⁰⁾ — capaci di permeare con sconcertante latenza le stesse dinamiche del quotidiano e di rendere sempre più sfumata la possibilità di individuare responsabili e vittime, sino a neutralizzare la percezione stessa del disvalore della condotta criminosa⁽¹¹⁾. Per altro verso, con riferimento al profilo “dinamico”, la totale devoluzione al giudice della valutazione dei Modelli Organizzativi rischia di cedere il passo alla cieca applicazione della logica del *post hoc ergo propter hoc*: in altre parole, in assenza di criteri omogenei che determinino come gli enti debbano costruire i propri modelli affinché vengano considerati idonei in sede di accertamento, si apre il rischio che questi vengano giudicati inadeguati per il solo fatto che un reato è stato commesso⁽¹²⁾.

Di conseguenza, a fronte di un modello organizzativo incapace di porre le imprese al riparo dal procedimento penale, le società non hanno alcun reale incentivo ad una riorganizzazione virtuosa che spesso si presenta fortemente onerosa⁽¹³⁾.

(9) G. PIGNATONE, *Le nuove fattispecie corruttive*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 3.

(10) A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, EGA Editore, Torino, 2012, p. 230.

(11) In argomento v. P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2008, *passim*.

(12) G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2016, p. 6. Sulla necessità di riconoscere il principio di colpevolezza nell'illecito dell'ente: A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto»*. *Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello «spazio globale»*, Giappichelli, 2018, 177 ss.

(13) F. MANTOVANI, *Il d.lgs. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 126; J.C. COFFEE, “No Soul to Damn: No Body to Kick”: *An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan Law Review*, 1981, Vol. 79, No. 3, p. 389; *Economists generally agree that an actor who contemplates committing a crime will be deterred only if the “expected punishment cost” of a proscribed action exceeds the expected gain*. Più in generale, J. ARLEN, *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, in *The Journal of Legal Studies*, 1994, p. 842.

Simili deficit di effettività producono, a loro volta, una catena di esiti altrettanto disfunzionali sul piano preventivo, quello repressivo e financo con riferimento alla portata conformativa delle stesse disposizioni del decreto. In primo luogo, dinanzi ad imprese sempre meno inclini alla riorganizzazione — le quali percepiscono cioè meno vantaggiosa la loro conformità alla legge rispetto al rischio-reato — si annida l'indesiderabile e pericolosa eventualità di una deriva narrativa per cui l'unico approccio efficace nella lotta alla corruzione sia di natura successiva: in altre parole, in quanto infortunio della virtù, sembra che, in mancanza di buonsenso, la corruzione possa essere contrastata solo dall'azione salvifica della magistratura. Parimenti, si registrano criticità anche sul piano repressivo nella misura in cui la potenziale punizione rivolta all'ente per i fatti di corruzione nulla dice riguardo la concreta dinamica corruttiva consumatasi all'interno della società, con la conseguenza di alimentare quella famigerata "cifra oscura" ⁽¹⁴⁾ e contribuire ad ingenerare, oltre che un'inammissibile disparità di trattamento, anche una sostanziale sfiducia nella serietà della reazione sanzionatoria stessa ⁽¹⁵⁾. In ultimo, vi sono perniciosi effetti, come si anticipava, sulla stessa portata conformativa assegnata alle disposizioni penalmente assistite poiché, la sporadicità dell'applicazione della sanzione minacciata, traduce il monito penale in un flebile barlume che favorisce «gli imprenditori meno scrupolosi, quelli più pronti ad assumersi il rischio della sanzione penale» ⁽¹⁶⁾. Quest'ultima circostanza è tutt'altro che inverosimile, stante la possibilità offerta dalla stessa normativa 231 di dotarsi di un modello nel corso del procedimento stesso ⁽¹⁷⁾.

In definitiva, e alla luce di quanto brevemente illustrato, ritorna vigorosamente in auge l'interrogativo di partenza: l'inefficacia dei presidi anti-

⁽¹⁴⁾ G. FORTI, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. Standard e doppio vincolo nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. Atti del convegno (Milano, 14-15 marzo 2008)*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 176 ss., denuncia il rilevantisimo *dark number* di delitti economici.

⁽¹⁵⁾ F. MUCCIARELLI, *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione*, in *Discrimen*, 2019, p. 8.

⁽¹⁶⁾ C. PEDRAZZI, *Droit Communautaire et droit pénal des Etats Membres*, in *Droit Communautaire et droit pénal. Colloque du 25 octobre 1979*, Giuffrè, Milano, 1981, 49 ss., ora in, C. PEDRAZZI, *Diritto penale I*, in *Scritti di parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 417 ss. (da qui la citazione, 441).

⁽¹⁷⁾ Durante il *sub-procedimento cautelare* (art. 49), prima dell'apertura del dibattimento di primo grado (art. 65) e durante la fase dell'esecuzione (art. 78). Sul «ravvedimento» *post factum* dell'ente, cfr. M. CERESA-GASTALDO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto processuale*, in *Impresa e giustizia penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 328 s.

corruzione è da imputare alla stessa natura del fenomeno corruttivo, oppure è il contesto che esacerba tale natura?

2. Premessa per uno sguardo comparatistico.

Prima di arrestarsi all'idea di un'insuperabile "radice ontologica" resistente alle misure anticorruzione all'interno dell'ambiente imprenditoriale, sarebbe bene volgere lo sguardo verso alcuni contesti che, assecondando la vincente intuizione di "capitalizzare" le zone d'ombra di una "maladministration" dalle costanti criminologiche sempre meno riconoscibili, sono stati capaci di trovare soluzioni che incidessero virtuosamente proprio sull'ambiente normativo. In buona sostanza, si tratta di accogliere quelle sollecitazioni che provengono dall'ordinamento inglese e da quello francese i quali, ispirandosi al consolidato modello statunitense, suggeriscono un ripensamento della normativa di settore volta a riconsiderare il ruolo delle imprese indagate di corruzione. Pertanto, vengono in considerazione quei meccanismi di diversione processuale⁽¹⁸⁾ — i cosiddetti "Deferred Prosecution Agreements" — meritevoli di aver invertito la tradizionale interazione tra imprese e giustizia a favore di un inedito rapporto collaborativo in cui l'autorità inquirente e le società concludono un accordo (agreement) rivolto a differire l'incriminazione dell'impresa a patto che questa rispetti una serie di obblighi di varia natura imposti dal giudice: restitutori, risarcitori, ma altresì riparativi e collaborativi, prevedendo inoltre il versamento di cospicue somme di denaro a vario titolo. Tuttavia, ancor prima di entrare nel merito di simili riflessioni, è doveroso procedere ad una notazione metodologica, poiché risulta tutt'altro che automatico — e spesso affatto pacifico⁽¹⁹⁾ — un confronto con sistemi giuridici profondamente diversi

⁽¹⁸⁾ V. MAZZACUVA, *Deferred prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind. Pen.*, 2013, 2, p. 737 ss.; M. RICCARDI-M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10, 2017, p. 76; F. MAZZACUVA, *L'ente premiato - Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni. L'esperienza angloamericana della diversion e le prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2020, 131.

⁽¹⁹⁾ Per alcuni, invero, è evidentemente inutile studiare gli ordinamenti di Paesi di *common law*, « data la lontananza e la sostanziale incomunicabilità tra quella cultura penalistica e la nostra »: G. FORNASARI, *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 2006, p. 266. Oppure, risulta insuperabile quella « diversità di mentalità [...] così radicale che ogni contatto è reso assai difficile »: G. BETTIOL, *Sull'unificazione del diritto penale europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, CEDAM, Padova, 1968, p. 6.

da quello dell'ordinamento italiano⁽²⁰⁾. Invero, a dispetto delle differenze macroscopiche⁽²¹⁾, è indubbio come attualmente si siano sviluppate risposte concordanti e comparabili con riferimento a problemi comuni⁽²²⁾, e come, parimenti, si possa registrare una tendenziale convergenza nell'approccio dell'accademia: infatti, se nei sistemi di “*civil law*” si tende a dare sempre maggiore spazio alla casistica e alla giurisprudenza, in quelli di “*common law*”, la scienza penalistica sta progressivamente sviluppando un'attitudine alla sistematizzazione e all'astrazione⁽²³⁾. Peraltro, con riferimento alla materia oggetto di questo contributo, è bene rammentare che la disciplina italiana della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato appare fortemente ispirata alla moderna filosofia della “*carrot and stick*” consolidata proprio nel sistema di *corporate liability* statunitense⁽²⁴⁾.

3. I “Settlement Agreements” britannici ed il modello statunitense.

Nel campo anticorruzione — ed altri afferenti illeciti in materia economica e finanziaria — il Regno Unito ha mutuato dall'esperienza nordamericana uno specifico meccanismo di diversione processuale entrato in vigore grazie al Crime and Courts Act (2013)⁽²⁵⁾ ed al Code of Practice (2014)⁽²⁶⁾. Prima di approfondire il paradigma contemplato nell'ordinamento inglese, sarà bene richiamare in breve il sistema statunitense per individuare i principi ispiratori che hanno mosso il legislatore britannico.

⁽²⁰⁾ Per tutti M. D'AMICO, *Common Law*, Giappichelli, Bologna, 2005, pp. 177-215. Circa le considerazioni metodologiche sul ruolo della comparazione giuridica nella materia *de qua*: V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, 176 ss.

⁽²¹⁾ Tra le varie, la prima differenza tra tutti riguarda la discrezionalità dell'azione penale che caratterizza l'esperienza giuridica angloamericana, sino all'approccio della dottrina la quale si distingue tra quello induttivo-pragmatico-casistico del sistema di *common law* e quello deduttivo-teorico-astratto di quello di *civil law*.

⁽²²⁾ G. FORNASARI, *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 2006, p. 268.

⁽²³⁾ A. CADOPPI, *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*², CEDAM, Padova, 2004, p. 449.

⁽²⁴⁾ Si veda sul punto A. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *Percorsi europei di diritto penale*², CEDAM, Padova, 2008, p. 221-225.

⁽²⁵⁾ U.K. *Crime and Courts Act* (2013), *Section 45 e Schedule 17* (il testo della legge è consultabile all'URL <http://www.legislation.gov.uk/ukp-ga/2013/22/contents/enacted>).

⁽²⁶⁾ *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, pubblicato dal *Serious Fraud Office* e dal *Crown Prosecution Service* (2014), testo disponibile all'URL <http://www.sfo.gov.uk/about-us/our-policies-and-publications/deferred-prosecution-agreements-code-of-practice-and-consultation-respon-se.aspx>.

Agli inizi del '900 l'ordinamento statunitense ha introdotto accordi per differire (Deferred Prosecution Agreement, DPA) ovvero per non procedere (Non Prosecution Agreement, NPA) con l'incriminazione, al precipuo fine di chiamare a rispondere degli illeciti commessi in ambito aziendale un sempre maggiore numero di imprese e scongiurare le ricadute negative che i procedimenti penali ordinariamente riversano sul mercato⁽²⁷⁾.

Sebbene non vi sia una definizione normativa di DPA e NPA, essi possono essere intesi come quegli accordi tra "prosecutor" ed ente indagato in forza dei quali quest'ultimo, allo scopo di evitare l'inizio di un processo penale a suo carico, si impegna per un periodo di osservazione ad adempiere ad una serie di obblighi: presentare uno "statement of facts" ir-rettirabile (senza che sia tuttavia richiesta una formale ammissione di colpevolezza), la cooperazione con le autorità inquirenti nell'individuazione delle persone fisiche responsabili anche per il tramite della rinuncia di prerogative costituzionali inerenti la segretezza dei colloqui confidenziali tra avvocato e cliente ("attorney-client privilege") nonché della documentazione difensiva ("work product privilege")⁽²⁸⁾ — l'adozione o modifica dei propri "compliance programs" a fini prevenzionistici, frequentemente sotto il controllo dei cosiddetti "monitors"⁽²⁹⁾, ossia commissari esterni, il versamento di denaro a titolo variamente di "financial penalty", risarcimento del danno, donazioni ad istituzioni pubbliche o private di beneficenza⁽³⁰⁾ sino alla messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca.

(27) Simile effetto viene denominato "effetto Arthur Andersen" derivante dal tracollo della società di revisione della Enron, la Arthur Andersen LLP, a seguito della condanna per il reato di ostruzione alla giustizia. In argomento: K.F. BRICKEY, *Andersen's Fall From Grace*, in *Washington University Law Quarterly*, 2003; K.F. BRICKEY, *In Enron's Wake: Corporate Executives on Trial*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2006, p. 397-433; D.M. UHLMANN, *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in *Md. L. Rev.*, 2013, pp. 1295-1311.

(28) Più nello specifico, l'*attorney-client privilege* si riferisce a quel privilegio legale che permette che rimangano riservate tutte le informazioni di cui gli avvocati vengono a conoscenza in ragione del loro ufficio, per altro verso, la *work product protection* si riferisce alla protezione concessa a quei materiali predisposti in previsione dell'apertura di un procedimento penale. Sul punto: W.A. KAAL, T. LACINE, *The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993-2013*, in *The Business Lawyer*, 2014, pp. 61-119; L.T. BROWN, *Reconsidering the Corporate Attorney-Client Privilege: A Response to the Compelled-Voluntary Waiver Paradox*, in *Hofstra L. Rev.*, 2006, p. 897-923.

(29) J.K. ROBINSON, *Deferred Prosecutions and The Independent Monitor*, in *Int'l J. Disclosure & Governance*, 2005, p. 326-27.

(30) J. ARLEN, *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, in *Journal of Legal Analysis*, 2016, p. 191-234;

L'effettiva linea di discriminazione tra i DPA e gli NPA consiste nel fatto che, mentre i primi intervengono dopo la formale iscrizione della notizia a carico dell'ente ("filing") e sono sottoposti alla delibazione giudiziale, i Non Prosecution Agreements agiscono in un momento precedente al "filing", alla stregua di un accordo privato tra organo inquirente ed ente indagato. È proprio quest'ultima estrema "privatizzazione" del rapporto che ha attratto numerosi rilievi critici in capo ai Non Prosecution Agreement (NPA), tacciati di violare i principi dettati dal VI emendamento alla Costituzione nordamericana — l'imparzialità e la terzietà del giudice e la pubblicità del procedimento⁽³¹⁾ — e di «trasformare i pubblici ministeri in giudice e giuria, minando i principi della separazione dei poteri»⁽³²⁾.

Il legislatore inglese, maggiormente attento ai principi di trasparenza e sensibile al rischio di eventuali abusi da parte del prosecutor in sede di negoziazione, ha inteso importare nell'ordinamento britannico il solo modello dei Deferred Prosecution Agreement⁽³³⁾; peraltro corredato da precise linee guida circa i contenuti⁽³⁴⁾ ed i principi a cui l'accordo deve ispirarsi, ossia equità, ragionevolezza e proporzione rispetto all'oggetto della contestazione⁽³⁵⁾. Dal primo punto di vista, vi è da dire che l'operatività della disciplina in oggetto è limitata sia *ratione subiecti* che *ratione materiae*, poiché l'opzione dei Deferred Prosecution Agreements è accessibile per le sole organizzazioni collettive in senso lato coinvolte in uno dei reati in materia economica e/o finanziaria espressamente previsti (truffa, frode in commercio, falso in bilancio, reati doganali; contraffazione di merci; riciclaggio, evasione fiscale, ecc.)⁽³⁶⁾. Tutto considerato, tra gli aspetti di maggior pregio della disciplina d'Oltremania va sicuramente annoverata la maggiore chiarezza attribuita al ruolo del giudice all'interno del procedimento. Esso è infatti chiamato a scrutinare in un'udienza preliminare il DPA così come confezionato dal "prosecutor" e dalla "corporation", avendo la possibilità

J. ARLEN, M. KAHAN, *Corporate Governance Regulation Through Non-Prosecution*, in *University Of Chicago Law Review*, 2017.

⁽³¹⁾ S. ODED, *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, 2011, vol. 2, pp. 6 ss.

⁽³²⁾ R.A. EPSTEIN, *The Deferred Prosecution Racket*, in *Wall. St. J.*, Nov. 28, 2006.

⁽³³⁾ Cfr. Ministry of Justice, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisation*, cit., 19, par. 69.

⁽³⁴⁾ *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., Parte 7, nella quale si richiamano i contenuti della prassi nordamericana.

⁽³⁵⁾ *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*, cit., Parte 7, par. 7.2 e 7.5.

⁽³⁶⁾ *Crime and Courts Act (2013)*, s. 45 e *Sched. 17*, Parte 1, par. 4 (1) e Parte 2, par. 15-27. Tra i molti reati contemplati, emergono le *statutory offences* di cui alle *Sections 1, 2, 6 e 7 del Bribery Act 2010* (reati in materia di corruzione).

di rifiutare l'accordo delle parti laddove non fosse rispondente ai principi di equità, adeguatezza e proporzionalità dei contenuti⁽³⁷⁾, ovvero non soddisfacesse le esigenze della giustizia⁽³⁸⁾. In buona sostanza, il giudice non possiede alcun potere in ordine alla formazione o alla modifica dei suoi contenuti, potendo limitarsi solamente a rifiutare od accettare l'accordo. In caso di approvazione giudiziale del Deferred Prosecution Agreement, questa avviene con decisione motivata all'interno di un'udienza pubblica e la relativa decisione giudiziale deve essere pubblicata⁽³⁹⁾. Qualora l'ente non adempisse ai termini dell'accordo, il pubblico ministero deve adire il giudice che può, attraverso provvedimento motivato, alternativamente invitare le parti ad una rinegoziazione oppure decretarne la cessazione: in quest'ultima circostanza si darà avvio ad un vero procedimento penale entro il quale lo "statement of facts" acquisirà valore di piena prova e non potrà essere ritrattato⁽⁴⁰⁾.

4. La Loi Sapin II (2016) nell'ordinamento francese.

La L. n. 2016/1691⁽⁴¹⁾, ispirandosi ai regimi anticorruzione statunitense e inglese, ha allineato la legislazione francese agli standard europei ed internazionali previsti per un'efficace lotta alla corruzione. Con questo spirito, il legislatore d'Oltralpe ha operato in cinque direzioni attraverso la 1) creazione di una struttura anti-corruzione ("Agence Française Anticorruption", AFA), 2) l'implementazione di un programma di prevenzione ed individuazione della corruzione per le aziende con almeno 500 dipendenti ed un fatturato superiore a 100 milioni di euro; 3) l'istituzione di una procedura di composizione penale limitata alle persone giuridiche ("Convention Judiciaire D'intérêt Public"); 4) l'estensione dell'applicazione extraterritoriale del diritto penale francese in materia di corruzione internazionale ed, infine, 5) la previsione di un sistema che protegga maggiormente gli informatori (c.d. "Whistleblowers"). Più nello specifico, è da notare l'assimilabilità tra i Modelli di Organizzazione e Gestione del "sistema 231" ed i contenuti delle procedure imposte alle imprese francesi in ottica anticorru-

⁽³⁷⁾ *Crime and Courts Act* (2013), S. 45 e *Sched.* 17, Parte 1, par. 7.

⁽³⁸⁾ *Crime and Courts Act* (2013), S. 45 e *Sched.* 17, Parte 1, par. 7.1, (a)-(b).

⁽³⁹⁾ *Crime and Courts Act* (2013), S. 45 e *Sched.* 17, Parte 1, parr. 5 e 8.7.

⁽⁴⁰⁾ *Crime and Courts Act* (2013), s. 45 e *Sched.* 17, Parte 1, par. 9.4 e 13.3-6.

⁽⁴¹⁾ *Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, disponibile su <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033558528&categorieLien=id>.

zione: l'adozione di un codice di condotta, un sistema interno di "whistle-blowing", procedure di "due diligence" che permettano di verificare le caratteristiche dei vari partner commerciali, una mappatura delle varie arie a rischio corruzione dell'ente, procedure sui controlli contabili volte a scongiurare la possibilità di occultare atti di corruzione o traffico di influenze illecite, programmi di formazione destinati ai dipendenti ed un sistema disciplinare qualora occorressero violazioni delle norme anti corruzione⁽⁴²⁾. Tutto considerato, la novità certamente di maggiore spessore della Loi Sapin II è costituita dall'introduzione della cosiddetta "Convention Judiciaire D'intérêt Public" (CJIP) (artt. 21-1-2; 180-2 e R- 15-33-60-1 ss. codice di procedura penale), vale a dire una procedura di composizione penale destinata alle persone giuridiche sospettate o indagate di corruzione⁽⁴³⁾. L'accordo può essere proposto dal Procuratore Finanziario Nazionale e comprende l'imposizione di uno o più dei seguenti obblighi: il pagamento di un'ammenda di interesse pubblico il cui importo non può superare il 30% del fatturato medio annuo calcolato con riferimento ai tre anni precedenti; l'attuazione di un programma di conformità aziendale sotto la supervisione dell'AFA per un periodo non superiore a tre anni; il risarcimento dei danni causati alle vittime quando queste non possono essere identificate⁽⁴⁴⁾. Siffatto accordo è soggetto alla convalida da parte del Presidente del Tribunale, il cui rifiuto ovvero l'inadempimento della persona giuridica comporta l'attivazione del procedimento penale ordinario senza che l'accordo rilevi come una dichiarazione di colpevolezza, né posseda la natura e gli effetti di un giudizio di condanna⁽⁴⁵⁾. L'effetto principale di una CJIP è quella di porre fine al procedimento penale contro la persona giuridica, con la conseguenza di evitare che quest'ultima venga iscritta nel casellario giudiziario ed esclusa dalle gare di appalto pubbliche nazionali ed interna-

(42) Clifford Chance, *Anti Bribery and Corruption Review*, 2019, 20 ss.

(43) Corruzione attiva (art. 433-1 c.p.) e traffico d'influenza (art. 433-2 c.p.) commessi da un privato; corruzione attiva (art. 435-3 c.p.) e traffico d'influenza nei confronti di un pubblico ufficiale straniero (art. 435-4 c.p.); corruzione di un membro di un'istituzione giudiziaria straniera (art. 435-9 c.p.); la vendita di influenza nei confronti di un membro di un'istituzione giudiziaria straniera (art. 435-10 c.p.); corruzione privata attiva e passiva (art. 445-1, art. 445-2 c.p.); corruzione attiva e passiva nello sport (art. 445-1-1 c.p.) (art. 445-2-1 c.p.); corruzione attiva di un membro di un'istituzione giudiziaria (penultimo comma dell'art. 434-9 c.p.); la vendita di influenza attiva nei confronti di un membro dell'istituzione giudiziaria (art. 434-9-1, secondo comma, dell'art. 434-9-1 c.p.).

(44) Art. 41-1-2 c.p.p.f.; C. GHRÉNASSIA, E. SACCHI, *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP): aspettando la transazione penale*, in *Pen. Con.*, 2018, p. 6.

(45) Art. 41-1-2 c.p.p.f.; C. GHRÉNASSIA, E. SACCHI, *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP): aspettando la transazione penale*, in *Pen. Con.*, 2018, p. 12.

zionali⁽⁴⁶⁾. È peraltro da precisare che la “Convention Judiciaire D’intérêt Public” implica ulteriori notevoli vantaggi in capo alle imprese, laddove permette di evitare tutta una serie di sanzioni afferenti al procedimento penale: multe di un valore fino a cinque volte superiore a quelle comminabili alle persone fisiche, la confisca dei proventi o dell’oggetto del reato, l’interdizione dall’esercizio di determinate attività commerciali, la chiusura di uno o più stabilimenti, il divieto di effettuare offerte al pubblico di titoli finanziari ovvero il divieto di introdurre titoli finanziari nelle negoziazioni su un mercato regolamentato. La proposta di una CJIP può essere presentata fino a quando non è stato avviato un procedimento penale ovvero prima che il caso sia portato dinanzi al Tribunale Penale, a patto che vengano soddisfatti determinati criteri che dimostrino la coerenza della sottrazione dell’impresa dal procedimento penale con l’interesse pubblico⁽⁴⁷⁾. Più nello specifico, tale accordo è in linea con l’interesse pubblico ove permette di ridurre considerevolmente la durata dell’indagine, assicurare una risposta legale efficace alla condotta illecita, fornire un risarcimento equo per il danno arrecato alle vittime e scongiurare casi di recidiva grazie alla predisposizione di solidi programmi aziendali di conformità. Affinché si possa accedere all’accordo in oggetto le imprese non solo devono rispondere alle condizioni sancite dalla legge, ma altresì a tutta una serie di criteri di fatto i quali, ai sensi della circolare DACG del 31 gennaio 2018, contribuiscono alla valutazione circa l’opportunità di attuare una CJIP. In questi ultimi termini, si considera primariamente l’assenza di precedenti sanzioni ovvero di precedenti CJIP o accordi di risoluzione stipulati con un’autorità straniera per reati della medesima natura⁽⁴⁸⁾. In secondo luogo, i procuratori competenti a valutare dell’opportunità di accedere alla procedura di composizione penale esamineranno in via preliminare la validità delle misure correttive al programma di “compliance” adottate dall’impresa in conseguenza della commissione dei reati di corruzione. Dopodiché, risulta fondamentale la cooperazione nelle indagini penali e l’attuazione di indagini interne da parte della persona giuridica, rilevando non solo per quanto riguarda la diversione pro-

(46) Ai sensi dell’art. L. 2141-1 del Codice degli appalti pubblici, solo una persona con una condanna definitiva per reati contro la probità può essere esclusa da una procedura di appalto pubblico. C. GHRÉNASSIA, E. SACCHI, *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP): aspettando la transazione penale*, in *Pen. Con.*, 2018, 12.

(47) P. BARRAT, *An International Guide To Anti-Corruption Legislation*, 2019, 20 ss. disponibile su https://www.cliffordchance.com/briefings/2019/03/an_internationalguide-toanti-corruptio.html.

(48) Ministère De La Justice, *Circulaire relative à la présentation et la mise en oeuvre des dispositions pénales prévues par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*, 31 gennaio 2018, disponibile su <http://www.justice.gouv.fr/bo/2018/20180228/JUSD1802971C.pdf>.

cessuale ma altresì nel determinare l'importo dell'ammenda da comminare. Allo stesso modo rileva l'autodenuncia volontaria e tempestiva da parte dell'ente, come la collaborazione attiva di quest'ultimo nell'attuare indagini interne ovvero audit approfonditi capaci di svelare le falle del sistema di compliance che hanno facilitato la commissione dei reati. Un altro fattore valutato positivamente consiste, infine, nell'iniziativa da parte della società di risarcire le vittime prima che venga proposta l'entrata in un CJIP.

5. Vantaggi e svantaggi del sistema dei "Settlement Agreements".

L'espansione di modelli di diversione processuale è giustificata dai benefici che derivano dal ricorso a questi ultimi, sia sul piano processuale che su quello sostanziale⁽⁴⁹⁾. In primo luogo, è parso che l'elasticità e velocità dei meccanismi dei "Settlement Agreements" non solo permettano all'autorità giudiziaria di scrutinare un numero maggiore di enti, ma determinino altresì un considerevole risparmio di risorse pubbliche⁽⁵⁰⁾, grazie alla rapida fuoriuscita dell'impresa dal circuito penale nonché ad un incremento altrettanto apprezzabile delle entrate nelle casse dello Stato⁽⁵¹⁾. Peraltro, la possibilità di eludere le severe sanzioni penali, nel favorire la sopravvivenza economica dell'ente, rende possibile scongiurare le ripercussioni personali e sociali destinate a riversarsi su dipendenti, azionisti, investitori e risparmiatori⁽⁵²⁾, riducendone considerevolmente il rischio recidiva⁽⁵³⁾. Su quest'ultimo punto, i dati a disposizione eviden-

⁽⁴⁹⁾ Sul tema del necessario nesso tra diritto penale sostanziale e processuale: F. BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *La questione criminale*, 1980; M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, editore, Napoli, 2009; T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *L'Indice penale*, 1999; D. PULITANO, *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005.

⁽⁵⁰⁾ Ministry of Justice, *Deferred Prosecution Agreements: Government response to the consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations*, cit., 8, parr. 25 e 41: A titolo esemplificativo, un procedimento penale per frode costa al *Serious Fraud Office* circa 1,6 milioni di sterline all'anno e viene definito in circa 8 anni.

⁽⁵¹⁾ Ad esempio, negli USA nel solo anno 2019 ci sono stati recuperi monetari totali relativi all'attuazione di NPA e DPA pari a 7,8 miliardi di dollari.

⁽⁵²⁾ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 106; F. MAZZACUVA, *Deferrend prosecution agreements: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind. Pen.*, 2013, 2, p. 737 ss.

⁽⁵³⁾ Sui dati inerenti le riaperture dei procedimenti penali in seguito alla conclusion

ziano che, sino al 2018, un solo DPA (con Aibel Group Ltd., stipulato nel 2007 revocato nel 2008)⁽⁵⁴⁾ e un solo NPA (con la Banca UBS, stipulato nel 2012 e revocato nel 2015)⁽⁵⁵⁾ hanno determinato la riapertura del procedimento penale. Infine, vi è da dire che la diversione processuale rappresenta un vigoroso catalizzatore della cultura della trasparenza e della cooperazione con la giustizia, attraverso la concreta promozione di strategie di recupero e contenimento della pericolosità sociale⁽⁵⁶⁾. Tuttavia, tali scenari non sono esenti da critiche. Difatti, taluni hanno registrato un'incidenza minimale del procedimento penale ordinario nell'ingenerare il cosiddetto effetto Arthur Andersen⁽⁵⁷⁾, mentre talaltri sono convenuti sul fatto che la diversione processuale rappresenterebbe una sorta di vittoria del mercato sulla giustizia⁽⁵⁸⁾ a detrimento delle garanzie fondamentali previste dal diritto penale, soprattutto in capo alle persone fisiche indagate laddove l'ente decida di collaborare attuando indagini interne⁽⁵⁹⁾. Sul punto, due fattori destano maggiori perplessità: per un lato, il rischio di rendere i singoli dei meri capri espiatori per garantire l'impunità all'ente⁽⁶⁰⁾ — senza contare che un simile approccio aprirebbe alla drammatica eventualità di diffondere l'atteggiamento del “tutti con-

di un DPA ovvero NPA: B.L. GARRET, *Globalized Corporate Prosecution*, in *Virginia Law Review*, 2011, 97, p. 1847.

⁽⁵⁴⁾ AGS Legal, *The International Comparative Legal Guide to: Business Crime 2019*, ICLG.com, 2019, 9.

⁽⁵⁵⁾ PRESS RELEASE, *RBS Securities Japan Limited Agrees to Plead Guilty in Connection with Long-Running Manipulation of Libor Benchmark Interest Rates*, in *Dep't of Just.*, 2013.

⁽⁵⁶⁾ Così, *Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice. The Director's response to the public consultation*, cit., par. 4-54; cfr. anche Ministry of Justice, *Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organization: Deferred prosecution agreements*, cit., 12-13, par. 43. Nel medesimo senso: V. D'ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/3001: spunti comparativi*, in *Rivista231*, 2018, p. 136.

⁽⁵⁷⁾ G. MARKOFF, *Arthur Andersen and the Mythe of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2013, p. 797 ss.

⁽⁵⁸⁾ R. MOKHIBER, *Crime Without Conviction: The Rise of Deferred and Non Prosecution Agreements. A Report Released by Corporate Crime Reporter*, in *Corporate Crime Reporter*, 2005, p. 3 ss.

⁽⁵⁹⁾ F. NICOLICCHIA, *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità “penale” degli enti: alcuni rilievi sulla base della “lezione americana”*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2014, p. 781 ss.

⁽⁶⁰⁾ B.L. GARRET, *Too Big To Jail. How Prosecutors Compromise With Corporations*, *The Belknap Press of Harvard University Press*, 2014, p. 81 ss.; G. FIANDACA, A. ALESSANDRI, *Responsabilità degli enti, serve un «tagliando»*, in *Il Sole 24 ore*, 6 giugno 2016.

tro tutti”⁽⁶¹⁾ — per altro, quello di produrre una sostanziale elusione della responsabilità individuale⁽⁶²⁾.

Tuttavia, nonostante le criticità riscontrabili con riferimento alle specifiche modalità di funzionamento dei singoli modelli, è indubbio che i sistemi di diversione processuale abbiano introdotto un criterio di imputazione dell’illecito interamente “ritagliato” sulle peculiarità del soggetto collettivo⁽⁶³⁾: difatti, l’importanza attribuita alla cosiddetta colpa di reazione (“reactive fault”)⁽⁶⁴⁾ è frutto di una virtuosa consapevolezza sull’impossibilità di mappare adeguatamente tutti i processi aziendali a rischio-reato ed introdurre misure idonee a prevenire la verifica degli illeciti, restituendo inoltre al processo penale il ruolo di sede privilegiata in cui rendere operante quell’ *extrema ratio* volta a “risolvere” il fallimento dell’adesione volontaria all’accordo in direzione del ripristino della legalità⁽⁶⁵⁾.

In buona sostanza, pur non costituendo una vera e propria condanna per l’impresa, i “Settlement Agreements” hanno le potenzialità per perseguire gli obiettivi tipici della pena: punizione, riduzione del crimine, riabilitazione del responsabile del reato, tutela dell’ordine pubblico e financo riparazione per le vittime della condotta illecita⁽⁶⁶⁾. In definitiva, si tratta di ricalibrare il sistema penale in ragione della consapevolezza per cui la nor-

⁽⁶¹⁾ G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2016, p. 10.

⁽⁶²⁾ S. HAWLEY, C. KING, N. LORD, *Justice for whom? The need for a principled approach to Deferred Prosecution in England and Wales*, in T. SØREIDE - A. MAKINWA (eds), *Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, 309-346. Per questo motivo, in Francia, le Linee Guida sull’Attuazione del CJIP precisano che le investigazioni interne all’ente indagato devono assicurare l’individuazione della responsabilità personale. V. *Lignes directrices sur la mise en oeuvre de la CJIP*, in *agence-francaise-anticorruption.gouv.fr*, 8-11.

⁽⁶³⁾ In questi termini, F. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell’esperienza anglo-americana. Alcuni spunti de jure condendo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 86.

⁽⁶⁴⁾ La categoria della *reactive fault* è stata teorizzata da B. FISSE-J. BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge, 1993, p. 49 ss. V. anche J. GOBERT, *Corporate Criminality: four model of fault*, in *Legal Studies*, 1994, 407 ss. In Italia A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 218 ss; C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato: la responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 373 ss.

⁽⁶⁵⁾ G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in *Trattato di procedura penale*, XLVII, Giuffrè, Milano, 2012, p. 96.

⁽⁶⁶⁾ Così, V. D’ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/2001: spunti comparativi*, in *Rivista231*, 2018, p. 139. Sul punto, A. PRESUTTI, A. BERNASCONI, C. FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 231/2001*, CEDAM, Padova, 2008, p. 38, 6.2, si osserva che «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

mazione statale procede a ritmo più sostenuto dell'auto-normazione aziendale, rallentata dalla necessità di uniformare i propri processi di produzione alla congerie di norme che la investono⁽⁶⁷⁾.

6. I sistemi di diversione e l'ordinamento italiano: una possibilità?

Alla luce della breve rassegna comparatistica, è forse possibile rispondere al “dilemma” di apertura convenendo sul fatto che, se certamente la dinamica corruttiva è particolarmente ambigua, ci sono margini rilevanti per “rischiare” le sue particolarissime penombre. Pertanto, ricollegandosi all'ordinamento domestico, in un'ottica *de iure condendo*, ci si interroga sulla possibilità di immaginare un sistema in cui la collaborazione dell'ente combinata ad una correzione *post factum* di un modello preesistente possa comportare un trattamento sanzionatorio di maggior favore ed inoltre la sospensione del procedimento penale, così da valorizzare pienamente la proattività dell'ente a favore di un assetto “compliant”. Nonostante i propositi, la compatibilità con i “Settlement Agreements” sembrerebbe impedita in radice da un elemento strutturale del nostro ordinamento, vale a dire il principio di obbligatorietà dell'azione penale sancito dall'art. 112 della Costituzione. Tuttavia, a tal proposito, è doveroso rammentare che — fermo restando che nella disciplina della responsabilità degli enti la questione dell'obbligatorietà dell'azione penale è legata a doppia filo con la qualificazione della relativa responsabilità — il sistema processuale italiano rende incompatibili i casi di diversione processuale di tipo semplice e non quelli di natura condizionata⁽⁶⁸⁾. In altre parole, non sembra incompatibile con i principi costituzionali un sistema che permette di sospendere o archiviare il procedimento penale in forza di presupposti predefiniti dalla legge. Peraltro, su di un piano più generale, non si può ignorare che il codice di procedura penale colloca l'inizio dell'azione penale alla chiusura delle indagini preliminari⁽⁶⁹⁾, rendendo tutt'altro che pacifico che una si-

reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa».

⁽⁶⁷⁾ V. D'ACQUARONE, R. ROSCINI-VITALI, *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/3001: spunti comparativi*, in *Rivista231*, 2018, p. 139.

⁽⁶⁸⁾ Sul punto, si vedano M.G. AIMONETTO, *L'archiviazione “semplice” e la “nuova” archiviazione “condizionata” nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di “deprocessualizzazione”*, in *Leg. pen.*, 2000, p. 125; V. GREVI, *Rapporto introduttivo su “diversion” e “médiation”*, in *Rass. pen. crim.*, 1983, n. 1, p. 52; F. RUGGIERI, *Diversion: dall'utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 539.

⁽⁶⁹⁾ Art. 405 c.p.p.: «Il pubblico ministero, quando non deve richiedere l'archiviazione, esercita l'azione penale, formulando l'imputazione, nei casi previsti nei titoli II, III, IV e V del libro VI ovvero con richiesta di rinvio a giudizio. 1-*bis*. Il pubblico mini-

mile fase sia veramente coperta dalla garanzia sancita dall'art. 112 Cost. Una volta superato un simile ostacolo, risulterà più immediato notare come la logica negoziale-riparativa permei invero tutta la disciplina del D.Lgs. n. 231, sin dalla originaria conformazione di un sistema punitivo radicato nel binomio onere-beneficio⁽⁷⁰⁾, laddove i modelli di organizzazione rappresentano una tra le forme di premialità penalmente significative⁽⁷¹⁾. Più nello specifico, va rammentato l'art. 63 del Decreto che consente l'applicazione all'ente della sanzione su richiesta qualora il giudizio nei confronti della persona fisica imputata sia definito — o comunque definibile — a norma dell'art. 444 del codice di rito, nonché in tutti i casi in cui per l'illecito amministrativo è prevista la sola sanzione pecuniaria. È proprio quest'ultima condizione quella che permette di comprendere il nesso tra negoziabilità e riparazione: la comminazione di sole sanzioni pecuniarie può essere il risultato dell'adozione di condotte riparatorie (art. 17 D.Lgs.) poste in essere prima della richiesta ovvero perfezionate a seguito della sospensione dell'udienza preliminare per mezzo di un'estensione dell'art. 65 del Decreto.

In ultimo, volendo indagare una più globale ottica di politica criminale, si registra un atteggiamento del legislatore italiano volto a dare progressivamente spazio a misure premiali che offrano una tutela quanto più ampia possibile agli interessi in gioco, in fase non solo preventiva ma anche riparatoria. Con specifico riguardo all'ambito anticorruzione, sin dalla legge Severino, si assiste alla sperimentazione di nuovi istituti per implementare la cultura della prevenzione, fino ad approdare al nuovo art. 323 *ter* introdotto con la legge Spazza-

stero, al termine delle indagini, formula richiesta di archiviazione quando la Corte di cassazione si è pronunciata in ordine alla insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, ai sensi dell'art. 273, e non sono stati acquisiti, successivamente, ulteriori elementi a carico della persona sottoposta alle indagini (...)». Di questo avviso è T. PADOVANI, «*Le procure hanno un potere terrificante*», in *Il Dubbio*, 30 gennaio 2021: «Che le indagini preliminari non sono coperte dal dovere che si pretende di ritrovare nell'articolo 112 della Costituzione. L'obbligatorietà dell'azione penale non si riferisce espressamente alle indagini preliminari. (...)».

(70) G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 177; D. PULITANO, *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 431 ss.

(71) Così L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Ripensare la premialità. Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche della problematica*, atti del convegno nazionale Teramo, 8-10 maggio 1997, Giappichelli, Bologna, 2002, p. 93 ss. Sul punto, si vedano anche — *ex multis* — S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli organizzativi nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, p. 50 ss.; G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in *Trattato di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 96 ss.

corrotti. In forza di quest'ultima novella legislativa, l'ordinamento rinuncia alla pena come premio per il soggetto che, prima di aver notizia dello svolgimento di indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione degli stessi, li denuncia "volontariamente" e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili e mette a disposizione l'utilità percepita (o somma equivalente in caso di impossibilità ovvero a fornire elementi utili e concreti per individuare il destinatario effettivo del provento). Con lo stesso spirito, la stessa L. n. 3/2019 ha introdotto nel comma 5-*bis* dell'art. 25 D.Lgs. una sanzione interdittiva attenuata per quell'ente che, prima della sentenza di primo grado, si sia adoperato per evitare di portare a conseguenze ulteriori il reato, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite, eliminando altresì le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi.

7. Una prima riflessione conclusiva.

Il confronto con l'esperienza angloamericana rende ancora più evidente l'insufficienza dei meccanismi dei Modelli Organizzativi e di Gestione per come sinora congegnati dal D.Lgs. n. 231: in astratto, non pare registrarsi alcuna differenza tra le imprese che non abbiano adottato un modello, quelle che ne possiedono uno esclusivamente di pura facciata e quelle che, sebbene si siano tempestivamente dotate di un modello affatto fittizio, finiscono per essere travolte da un giudizio di inidoneità. Difatti, in tutti e tre i casi, qualsivoglia inversione di tendenza attuata dall'ente si tradurrebbe, al più, in una semplice attenuazione della condanna. Di conseguenza, il metro di paragone offerta dall'esperienza estera ha reso più che evidente la necessità — oltre che l'opportunità — di immaginare modalità alternative di definizione del procedimento a carico degli enti, nella prospettiva di promuovere effettivamente la prevenzione dei reati attraverso altrettanti effettivi incentivi a dotarsi di modelli di efficaci. In questa direzione, la dottrina si è espressa proponendo molteplici soluzioni che vanno dalla valorizzazione del modello organizzativo quale causa di archiviazione⁽⁷²⁾, all'introduzione di una causa di esclusione della punibilità per l'ente che abbia riportato all'autorità giudiziaria i risultati delle "internal investigations"⁽⁷³⁾ ovvero di misure premiali in relazione al

⁽⁷²⁾ H. BELLUTA, *Le indagini e l'udienza preliminari*, in *Diritto penale delle società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*², Cedam, Padova, 2016, p. 1032.

⁽⁷³⁾ F. CENTONZE, M. MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/*

comportamento collaborativo dell'ente nell'ambito del procedimento⁽⁷⁴⁾, sino all'estensione della sospensione del procedimento con messa alla prova agli enti collettivi⁽⁷⁵⁾. Proprio quest'ultima alternativa sebbene originariamente pensata per contrastare la *juvenile delinquency* appare essere la più idonea ad incentivare lo sforzo riorganizzativo della società: soprattutto nei casi di corruzione, un po' come i giovani, le società necessitano di guida, riabilitazione e supervisione⁽⁷⁶⁾. Non potendo tuttavia approfondire in questa sede la fattibilità delle alternative avanzate, ciò che preme sottolineare è l'assunto di principio di ognuna di essa: agendo variamente sulla valorizzazione della condotta collaborativa/reintegratoria richiesta all'ente e sui suoi contenuti, è possibile sconfiggere in origine il fallace presentimento per cui un efficace sistema di prevenzione e contrasto della corruzione aziendale sia destinato a scontrarsi con costanti ineliminabili del fenomeno criminale in questione.

Detto altrimenti, e riprendendo la provocazione del biologo Jean Rostand, certamente la talpa ha gli occhi piccoli ed altrettanto certamente predilige gli ambienti sotterranei, tuttavia, come storia e tecnologia insegnano, per ogni miopia ci sono le giuste lenti, per ogni oscurità la giusta luce. In definitiva, si tratta di saper canalizzare gli sforzi verso ciò che si vuole illuminare e sapere usare il giusto "filtro" che, in questo caso, ben potrebbe assumere la forma di un virtuoso ed inedito rapporto collaborativo tra ente e giustizia, la cui utilità appare sin d'ora evidente almeno sotto tre distinti profili: 1) migliore capacità di perseguire la finalità di ridurre il rischio di commissione degli illeciti incoraggiando le società a dotarsi di modelli idonei; 2) salvaguardia degli enti realmente impegnati nella prevenzione degli illeciti; 3) apertura verso nuove modalità di definizione della responsabilità che, se impiegate con le dovute cautele, potrebbero

2001, in *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 287 ss.

⁽⁷⁴⁾ P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 1125.

⁽⁷⁵⁾ M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, in *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, collana dei convegni di studio "Enrico de Nicola", *Problemi attuali di diritto e procedura penale* (organizzati dal Centro nazionale di prevenzione di difesa sociale), Giuffrè, Milano, 2017, p. 53; G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4, 2016, *passim*; R.A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, Bologna, 2018, p. 159.

⁽⁷⁶⁾ B.L. GARRET, *Too Big To Jail. How Prosecutors Compromise With Corporations*, *The Belknap Press of Harvard University Press*, 2014, 55; L. ORLAND, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, in *1 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 2006, 45.

rappresentare un strada più sollecita e sicura per il rispetto e l'applicazione della legge.

Bibliografia

- AIMONETTO M.G., *L'archiviazione "semplice" e la "nuova" archiviazione "condizionata" nell'ordinamento francese: riflessioni e spunti per ipotesi di "deprocessualizzazione"*, in *Leg. pen.*, 2000, pp. 99-135.
- ALESSANDRI A., *Commento all'art. 27 comma 1 Cost.*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Zanichelli, Bologna, 1991.
- ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- ARLEN J., KAHAN M., *Corporate Governance Regulation Through Non-Prosecution*, in *University of Chicago Law Review*, 2017, pp. 323-387.
- ARLEN J., *The Potentially Perverse Effects of Corporate Criminal Liability*, in *The Journal of Legal Studies*, 1994, pp. 833-867.
- ARLEN J., *Prosecuting Beyond the Rule of Law: Corporate Mandates Imposed through Deferred Prosecution Agreements*, in *Journal of Legal Analysis*, 2016, pp. 191-234.
- BARRAT P., *An International Guide To Anti-Corruption Legislation*, 2019, 20 ss. disponibile su https://www.cliffordchance.com/briefings/2019/03/an_internationalguidetoanti-corruptio.html.
- BELLUTA H., *Le indagini e l'udienza preliminari*, in *Diritto penale delle società. Accertamento delle responsabilità individuali e processo alla persona giuridica*², Cedam, Padova, 2016.
- BETTIOL G., *Sull'unificazione del diritto penale europeo*, in *Prospettive per un diritto penale europeo*, CEDAM, Padova, 1968.
- BRICKEY K.F., *Andersen's Fall From Grace*, in *Whashington University Law Quarterly*, 2003, pp. 917-959.
- BRICKEY K.F., *In Enron's Wake: Corporate Executives on Trial*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2006, pp. 397-434.
- BRICOLA F., *Il costo del principio «societas delinquere non potest» nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1970.
- BRICOLA F., *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *La questione criminale*, 1980.
- BROWN L.T., *Reconsidering the Corporate Attorney-Client Privilege: A Response to the Compelled-Voluntary Waiver Paradox*, in *Hofstra L. Rev.*, 2006, pp. 897-963.
- CADOPPI A., *Introduzione allo studio del diritto penale comparato*², CEDAM, Padova, 2004.
- CAPUTO M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, Editore, Napoli, 2009.
- CENTONZE F., MANTOVANI M., *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016.
- CERESA-GASTALDO M., *La responsabilità degli enti: profili di diritto processuale*, in *Impresa e giustizia penale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- COFFEE J.C., *"No Soul to Damn: No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, in *Michigan Law Review*, 79/3, 1981, pp. 386-459.

- D'ACQUARONE V., ROSCINI-VITALI R., *Sistemi di diversione processuale e d.lgs. 231/3001: spunti comparativi*, in *Rivista231*, 2018, pp. 123-146.
- D'AMICO M., *Common Law*, Giappichelli, Bologna, 2005.
- DAVIGO P., MANNOZZI G., *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Roma-Bari, 2008.
- DE MAGLIE C., *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, pp. 1348-1352.
- DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato: la responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002.
- DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2008.
- DOLCINI E., *Principi costituzionali e diritto penale alle soglie del nuovo millennio*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, pp. 10-31.
- DONINI M., *Compliance, negoziabilità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, in *Criminalità d'impresa e giustizia negoziata: esperienze a confronto*, collana dei convegni di studio "Enrico de Nicola", *Problemi attuali di diritto e procedura penale* (organizzati dal Centro nazionale di prevenzione di difesa sociale), Giuffrè, Milano, 2017.
- EPSTEIN R.A., *The Deferred Prosecution Racket*, in *Wall. St. J.*, Nov. 28, 2006.
- EUSEBI L., *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Ripensare la premialità. Le prospettive giuridiche, politiche e filosofiche della problematica*, Atti del convegno nazionale Teramo, 8-10 maggio 1997, Giappichelli, Bologna, 2002.
- FALZEA A., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Studi per Lorenzo Campagna*, vol. I, *Scritti di diritto privato*, Giuffrè, Milano 1982.
- FIANDACA G., ALESSANDRI A., *Responsabilità degli enti, serve un «tagliando»*, in *Il Sole 24 ore*, 6 giugno 2016.
- FIDELBO G., RUGGIERO R.A., *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *Res. amm. soc. enti.*, 2016, pp. 3-19.
- FIDELBO G., RUGGIERO R.A., *Il contrasto ai fenomeni corruttivi*, Giappichelli, Torino, 2020.
- FIORELLA A., SELVAGGI N., *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello «spazio globale»*, Giappichelli, 2018, pp. 177 ss.
- FISSE B., BRAITHWAITE J., *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge, 1993.
- FORNASARI G., *Conquiste e sfide della comparazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 2006.
- FORTI G., *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. Standard e doppio vincolo nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro. Atti del convegno (Milano, 14-15 marzo 2008)*, Giuffrè, Milano.
- GARRET B.L., *Globalized Corporate Prosecution*, in *Virginia Law Review*, 2011, pp. 1775-1875.
- GARRET B.L., *Too Big To Jail. How Prosecutors Compromise With Corporations*, *The Belknap Press of Harvard University Press*, 2014.
- GHRÉNASSIA C., SACCHI E., *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP): aspettando la transazione penale*, in *Pen. Con.*, 2018, pp. 1-17.
- GOBERT J., *Corporate Criminality: four model of fault*, in *Legal Studies*, 1994, 393-410.

- GREVI V., *Rapporto introduttivo su “diversion” e “médiation”*, in *Rass. pen. crim.*, 1983.
- GROSSO C.F., voce *Responsabilità penale*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XV, 1968.
- HAWLEY S., KING C., LORD N., *Justice for whom? The need for a principled approach to Deferred Prosecution in England and Wales*, in T. SØREIDE - A. MAKINWA (eds), *Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach*, Edward Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 309-346.
- KAAL W.A., LACINE T., *The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993-2013*, in *The Business Lawyer*, 2014, pp. 1-60.
- MANACORDA S., *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia*, in *Soc.*, 2015, pp. 473-481.
- MANACORDA S., *L'idoneità preventiva dei modelli organizzativi nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, pp. 49-114.
- MANTOVANI F., *Il d.lgs. 231/2001 e gli incentivi alla persona giuridica: il punto di vista dell'impresa*, in *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016.
- MARKOFF G., *Arthur Andersen and the Mythe of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century*, in *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 2013, pp. 797-842.
- MAZZACUVA F., *Deferred prosecution agreements: riabilitazione “negoziata” per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Ind. Pen.*, 2013, pp. 737-778.
- MAZZACUVA F., *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana. Alcuni spunti de jure condendo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, pp. 80-88.
- MAZZACUVA F., *L'ente premiato - Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni. L'esperienza angloamericana della diversion e le prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 131.
- MENGHINI A., *Sistemi sanzionatori a confronto*, in *Percorsi europei di diritto penale²*, CEDAM, Padova, 2008.
- MOKHIBER R., *Crime Without Conviction: The Rise of Deferred and Non Prosecution Agreements. A Report Released by Corporate Crime Reporter*, in *Corporate Crime Reporter*, 2005.
- MONGILLO V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 176 ss.
- MUCCIARELLI F., *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione*, in *Discrimen*, 2019, pp. 1-24.
- NICOLICCHIA F., *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità “penale” degli enti: alcuni rilievi sulla base della “lezione americana”*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2014.
- ODED S., *Deferred Prosecution Agreements: Prosecutorial Balance in Times of Economic Meltdown*, in *Law Journal for Social Justice*, 2011, vol. 2, pp. 65-99.
- ORLAND L., *The Transformation of Corporate Criminal Law*, in *1 Brook. J. Corp. Fin. & Com. L.*, 2006, p. 45.
- PADOVANI T., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *L'Indice penale*, 1999, pp. 527-543.

- PALIERO C.E., *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, 2009.
- PECORELLA G., *Societas delinquere potest*, in *Riv. giur. lav.*, IV, 1977.
- PEDRAZZI C., *Droit Communautaire et droit pénal des Etats Membres*, in *Droit Communautaire et droit pénal. Colloque du 25 octobre 1979*, Giuffrè, Milano, 1981.
- PIGNATONE G., *Le nuove fattispecie corruttive*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 1-10.
- PIERGALLINI C., “*Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del « modello organizzativo » ex d.lgs. 231/2001)*”, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Torino, 2011, p. 25.
- PRESUTTI A., BERNASCONI A., FIORIO C., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 231/2001*, CEDAM, Padova, 2008.
- PULITANÒ D., *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri d’imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002.
- PULITANÒ D., voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Dir., Agg.*, VI, Milano, 2002.
- PULITANÒ D., *Sui rapporti tra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 951-973.
- RICCARDI M., CHILOSI M., *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversion dell’ente?*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10, 2017, pp. 47-77.
- ROBINSON J.K., *Deferred Prosecutions and The Independent Monitor*, In *Int’l J. Disclosure & Governance*, 2005, pp. 325-247.
- RUGGIERI F., *Diversion: dall’utopia sociologica al pragmatismo processuale*, in *Cass. pen.*, 1985, pp. 538-541.
- RUGGIERO R.A., *Cracking Down On Corporate Crime In Italy*, in *3 Wash. U. Global Stud. L. Rev.*, 2016, pp. 403-445.
- RUGGIERO R.A., *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell’azione contro gli enti*, Giappichelli, Bologna, 2018.
- SEVERINO P., *La responsabilità dell’ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano, 2018.
- UHLMANN D.M., *Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability*, in *Md. L. Rev.*, 2013, pp. 1295-1344.
- VANNUCCI A., *Atlante della corruzione*, EGA Editore, Torino, 2012.
- VARRASO G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in *Trattato di procedura penale*, XLVII, Giuffrè, Milano, 2012.

GIACOMO MARIA EVARISTI

**SOFT LAW E PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE D'IMPRESA.
LINEE GUIDA DI CONFINDUSTRIA,
PIANO NAZIONALE ANTICORRUZIONE E UNI-ISO 37001**

SOMMARIO: 1. Alcune difficoltà del sistema di responsabilità penale d'impresa. — 2. *Soft law* nel d.lgs. n. 231 del 2001: le Linee guida di Confindustria. — 3. Le regole per la Pubblica Amministrazione corrotta valgono per l'ente corruttore? — 4. Sistema di gestione del rischio corruttivo: Uni-ISO 37001. — 5. Conclusioni.

1. Alcune difficoltà del sistema di responsabilità penale d'impresa.

A venti anni dall'introduzione della responsabilità amministrativa dipendente da reato degli enti giuridici, non ci si può esimere dal tracciare il bilancio di una delle più significative novità legislative che ha investito la disciplina punitiva. Salutata come una rivoluzione, sotto i cui piedi è stato calpestato il dogma *societas delinquere non potest*, il d.lgs. 12 giugno 2001, n. 231, ha da subito assorbito l'interesse della dottrina che copiosamente è intervenuta ad analizzare i caratteri sostanziali del rimprovero, nonché ad adeguare i principi processuali al nuovo protagonista. Il massiccio apporto degli studi scientifici in parte è causa e in parte conseguenza del non altrettanto protagonismo della responsabilità di cui si discorre all'interno delle aule di giustizia. La dottrina, infatti, ha elaborato plurime ricostruzioni degli istituti della responsabilità in parola, in attesa degli interventi nomofilattici della Suprema Corte. Parimenti, il d.lgs. n. 231 ha faticato ad imporsi nella cultura giuridica degli organi inquirenti, determinando sul territorio, tra procure (e Tribunali) della Repubblica, variegate attenzioni e sensibilità alla materia⁽¹⁾. Tuttavia, la forza general-preventiva dell'apparato sanzionatorio, nonché l'azione meritoria, ma non per questo disinteressata, di settori professionali alla diffusione delle opportunità della riforma, hanno

⁽¹⁾ Così anche F. RUGGIERI, *Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale*, in *Riv. it.*, 2017, p. 926.

spinto nel corso degli anni le imprese a rendersi attrici di un processo di realizzazione dei modelli organizzativi e di gestione.

Autorevole dottrina penalistica, d'avanguardia nel momento in cui forniva il proprio apporto scientifico (pur se pare esserlo ancor oggi), aveva percepito che il modello organizzativo fosse sì un dato che lambiva il processo a carico degli enti, e per questo contaminato da aspetti giuridici, ma ne aveva sottolineato la centralità in senso auto-organizzativo, introducendo concetti quali prevalutazione dei rischi, misure tecniche di adeguamento dei processi decisionali e produttivi, *audit* (2). La meritevolezza di tale percorso è stata confermata anche nell'altro grande dominio dell'organizzazione, la Pubblica Amministrazione, escluso, per varie ragioni tra cui anche di ordine politico, dall'innovazione del d.lgs. n. 231 del 2001: la legge Severino, e tutto quanto è fiorito da tale momento, ha affiancato al dogmatismo penale, noto appiglio per il legislatore nei contesti di emergenza, un modo nuovo di frenare le pratiche corruttive e di *maladministration*.

In tale quadro, è emersa sin da subito l'inadeguatezza della tradizionale disciplina normativa ad accompagnare gli enti verso un nuovo paradigma di intendere la responsabilità dipendente da reato. Fermo l'assetto dei principi del diritto e del processo a carico dell'ente, anche alla luce della definitiva presa di posizione, per certi versi pilatesca, della giurisprudenza di legittimità sulla natura della responsabilità (3), annosamente ricostruita nella dottrina (4), l'interprete non può essere indifferente agli apporti forniti dalla *soft law*. Senza soffermarsi sulla elaborazione di detto concetto, nonché della contraddizione intrinseca del sintagma che farebbe dubitare della sua stessa essenza, si può senz'altro affermare che la *soft law* costituisce una risposta cangiante alla complessità della realtà giuri-

(2) C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*¹¹, Giuffrè, Milano, 2010, p. 153 s.; IDEM, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 376 s.; anche, P. SFAMENI, *Idoneità dei modelli organizzativi e sistema di controllo interno*, in *Analisi giur. econ.*, 2-2009, p. 280 s.

(3) Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn e a., RV. 261112, in motivazione par. 60; precedentemente, utilizza la locuzione «para-penale» Cass., Sez. Un., 23 giugno 2011, n. 34476, Deloitte&Touche S.p.A, in *Foro it.*, II, 2012, c. 631; rileva la natura totalmente penale, Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2011, n. 10561, Gubert, RV. 258647.

(4) Per la tesi della natura amministrativa, DELSIGNORE, *Commento art. 1*, in A. CADOPPI, G. GARUTI, P. VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, Utet, 2010, p. 69 s.; a favore della natura penale, P. FERRUA, *Le insanabili contraddizioni nella responsabilità dell'impresa*, in *Dir. e G.*, 29, 2001, p. 8 s.; per il *tertium genus*, G. FLORA, *Le sanzioni punitive nei confronti delle persone giuridiche: un esempio di "metamorfosi" della sanzione penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1398 s.

dica⁽⁵⁾. Invero, la sua duttilità le ha permesso di ben adattarsi, e rispondere, alle nuove richieste della società del rischio, senza finire per ingessare uno strumento, la responsabilità dipendente da reato degli enti giuridici, che mostra proattività verso la *policy* di prevenzione. È noto che la disciplina punitiva, corredata dalle sue imprescindibili garanzie, si presenta resistente a contaminazioni da parte delle fonti di natura non statale. Tuttavia, nella costruzione del d.lgs. n. 231 del 2001, il legislatore aveva aperto il campo alla penetrazione di una regolamentazione “leggera”: gli enti, nella realizzazione dei modelli di organizzazione, possono seguire i codici di comportamento elaborati dalle associazioni di categorie e sottoposti al controllo del Ministero della Giustizia e degli altri Ministeri competenti.

Sul punto, è stato a ragione segnalato che nel sistema della responsabilità delle persone giuridiche, proprio perché costruito inizialmente come rimprovero verso le sole condotte lesive degli interessi della Pubblica Amministrazione, sia presente un’orditura particolarmente asfittica del modello organizzativo⁽⁶⁾. L’allargamento del catalogo dei reati, infatti, non è stato accompagnato dalla revisione della struttura e degli scopi dei programmi di *compliance* tracciati nella disposizione primaria.

2. *Soft law* nel d.lgs. n. 231 del 2001: le Linee guida di Confindustria.

Come anticipato, la responsabilità degli enti dipendente da reato ha assunto portata dirompente nella dogmatica del diritto punitivo. In tema di ricostruzione degli elementi costitutivi del rimprovero all’ente collettivo, molto è stato detto. Operare su un dato fenomenico, l’organizzazione, estraneo al lessico del diritto e processo penale costringe l’interprete ad un percorso di riadattamento delle categorie e dei principi consolidatisi nei secoli. Senza dedicare troppo spazio ad argomenti che richiederebbero estenuanti sforzi d’analisi e farebbero perdere centralità al tema qui esaminato, si può accogliere l’approdo che vede nella responsabilità degli enti una forma di illecito d’obbligo, declinato nella condotta omissiva colposa d’evento puro, ove l’evento è rappresentato dal reato-presupposto⁽⁷⁾. Brevemente, vale la pena ricordare come il sistema presenta due criteri di imputazione soggettiva della responsabilità all’ente, in ragione del ruolo che

⁽⁵⁾ Si rinvia a A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it.* 2011, p. 536 s.

⁽⁶⁾ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 19.

⁽⁷⁾ Ribadito da H. BELLUTA, *L’ente incolpato*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 53.

l'autore del fatto riveste all'interno dell'organizzazione: apicale e subordinato. Quanto al primo, la responsabilità viene ascritta all'ente *ex se*, potendo questi liberarsi dimostrando l'elusione fraudolenta del programma di *compliance* adottato ed attuato⁽⁸⁾. Con riguardo al secondo, invece, il rimprovero per l'ente giuridico si fonda sul giudizio inadeguatezza del modello, nel suo aspetto statico e/o dinamico⁽⁹⁾.

Ebbene, in questa dimensione, assume rilievo fondamentale la c.d. colpa in organizzazione come strumento d'imputazione subiettiva della responsabilità all'ente, collegato al dovere di auto-organizzarsi per neutralizzare i rischi aziendali⁽¹⁰⁾, attraverso la predisposizione e attuazione del modello di *compliance*.

Ne discende che, inevitabilmente, l'attenzione si focalizzi sull'elemento appena enunciato. L'adozione del modello di organizzazione e gestione costituisce una scelta, non già un obbligo, dell'ente, ancorché debba precedere sempre il verificarsi del delitto presupposto. Invero, la realizzazione successiva può avere effetto "solo" in ordine alla natura e quantità della risposta sanzionatoria⁽¹¹⁾. Con riguardo al contenuto, per un verso il legislatore ha delineato alcuni elementi necessari (ma non sufficienti), nondimeno ampliati nel corso degli anni, affinché il modello possa essere giudicato idoneo; per altro verso, non può non evidenziarsi come le imprese si siano trovate a progettare congegni, senza particolari punti di riferimento circa le necessarie "caratteristiche tecniche"⁽¹²⁾. Lo smarrimento risultava ancora maggiore per quegli operatori economici, piccola-media impresa particolarmente diffusa nel tessuto produttivo dell'Italia, difficilmente permeabili all'impiego di paradigmi concernenti la gestione e il controllo aziendali.

Invero, il legislatore delegato ha sperimentato una regolazione "morbida", cosciente che la materia del *management* dei rischi aziendali non po-

⁽⁸⁾ E. AMODIO, *Prevenzione del rischio penale e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, v. 3, Milano, Giuffrè, 2006, 2691 ss. Più in generale sul tema, A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema di responsabilità da reato degli enti*, CEDAM, Padova, 2013, p. 22 s.

⁽⁹⁾ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., p. 75 s.

⁽¹⁰⁾ C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., p. 155 s.; C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc.*, 3-2006, p. 167 s.; in chiave ancora problematica, G. DE SIMONE, *La colpevolezza dei soggetti metaindividuali: una questione tuttora aperta*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 910 s. in giurisprudenza, chiaramente di questo avviso, *Cass.*, Sez. U., 24 aprile 2014, n. 38343 *Espenhahn e a*, RV. 261113.

⁽¹¹⁾ Cfr. artt. 12, comma 2 lett. b), e 17, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 231/2001.

⁽¹²⁾ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, *Resp. amm. soc.*, 3-2011, 69 s.

tesse essere governata dalla norma ordinaria. Quest'ultima, diversamente ragionando, avrebbe aggravato il problema della iper-regolamentazione del diritto penale e, inoltre, trattandosi di disciplina micro-settoriale, avrebbe irrigidito gli sviluppi delle scienze aziendalistiche⁽¹³⁾. Invero, l'art. 6, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2001, statuisce che i *compliance programs* possano essere adottati sulla base dei codici di comportamenti redatti dall'associazione rappresentative degli enti, previo esame del Ministero della Giustizia, di concerto con i Ministeri competenti, che può formulare osservazioni sulla idoneità dei modelli (astratti) a prevenire i reati.

Senza indugiare ancora, si dà atto di come Confindustria, in veste di associazione di categoria, abbia costruito codici di comportamento, *rectius* Linee Guida, con la finalità di orientare gli operatori economici nella definizione dei contenuti del modello di organizzazione e gestione.

Posto che dette Linee guida sono state oggetto di riedizioni nel corso degli anni, aggiornamento necessitato principalmente dall'allargamento del catalogo dei reati presupposto, siamo di fronte ad una regolamentazione certamente leggera, pur se non totalmente avulsa dall'ordinamento giuridico.

Innegabile il contributo che dette Linee guida hanno rappresentato per operatori che si sono trovati a realizzare programmi di *compliance ex* d.lgs. n. 231 del 2001. Rispettando una prassi consolidata nel dividere il modello in parte generale e parte speciale⁽¹⁴⁾, le imprese sono state condotte verso un momento non solo finalizzato a contenere i rischi derivanti da reato, bensì anche ad una riflessione tutta interna ai processi decisionali ed operativi, riscontrando le inefficienze del sistema aziendale per contrastarle. L'adozione del modello di organizzazione e gestione costituisce una scelta che l'organizzazione compie per dimostrare che il reato da cui dipende la responsabilità dell'ente rappresenta un incidente imprevedibile, verificatosi a dispetto dell'impianto preventivo della criminalità d'impresa. Lo sforzo richiesto a tali operatori è senz'altro gravoso, sia dal punto di vista organizzativo che economico⁽¹⁵⁾, tenuto conto dell'esigenza di adeguamento continuo.

⁽¹³⁾ In generale, su questi temi generali, si veda V. TORRE, *La privatizzazione delle fonti del diritto penale*, Bologna, Bonomia University Press, 2012, p. 27 s.

⁽¹⁴⁾ C. PIERGALLINI, *I modelli organizzativi*, cit., 158 s.

⁽¹⁵⁾ Sull'indicazione analitica dei costi, si vedano S. CORBELLA, L. POZZA, "Modello 231" e "Sistema di Controllo Interno": aree di sovrapposizione e profili di differenziazione. Implicazioni in termini di costi e benefici sull'assetto degli organi di controllo e vigilanza, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità penale degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 51 s; e F. CENTONZE, *Responsabilità da*

Ad esso si correla uno dei dati più oscuri del sistema della responsabilità a carico degli enti, ossia il giudizio di idoneità del modello⁽¹⁶⁾. Lungi da considerare il modello in parola come un mero adempimento formale, uno dei tanti oneri burocratici di cui le imprese sono gravate, lo sforzo dell'organizzazione è comunque sottoposto *ex post* alla valutazione finale del giudice che, nell'esame degli elementi costitutivi dell'illecito, verifica l'adeguatezza dello stesso a prevenire i reati della medesima specie per cui è procedimento. Sarebbe un paradosso, atteso che l'idoneità preventiva del modello è verificata sulla base di un fatto di reato che è sfuggito alla capacità neutralizzante dello stesso programma di *compliance*⁽¹⁷⁾. Ad essa si correla l'evidente, e ovvia, difficoltà dell'organo giudicante a destreggiarsi nelle scienze dell'organizzazione aziendale e della *compliance*⁽¹⁸⁾. Non sempre si ricorre alla perizia nella valutazione dell'idoneità dei modelli, servendosi dell'apporto di esperti che, utilizzando le regole della scienza di cui sono conoscitori, possono fornire valutazioni resistenti a percorsi argomentativi alternativi⁽¹⁹⁾.

Così, l'incertezza sull'esito del giudizio, tendenzialmente con esito infausto per l'ente⁽²⁰⁾, ha finito per disincentivare la buona pratica dei processi di auto-esame della struttura organizzativa, dell'attività espletata e della individuazione e valutazione dei rischi a questa collegati nonché delle misure di prevenzione costruite, in quanto la scelta sul se ordire un modello organizzativo è direttamente correlata all'affidamento della sua efficacia esimente⁽²¹⁾.

Sul tema, vale la pena segnalare, poiché espressivo dell'evidente inadeguatezza dell'accertamento dell'idoneità sopra indicato, il tentativo di intro-

reato degli enti e agency problems. I limiti al d.lgs. n. 231 del 2001 e prospettive di riforma, in *Riv. it.*, 217, p. 971 s.

⁽¹⁶⁾ Autorevole dottrina rinvia il disvelamento dei parametri al consolidarsi delle pronunce giurisprudenziali, G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A.M. STILE, V. MONGILLO, G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Jovene, Napoli, 2013, p. 173.

⁽¹⁷⁾ Parla di pregiudizio dell'autorità giudiziaria, A.R. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 159 s.

⁽¹⁸⁾ Cfr. M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 39.

⁽¹⁹⁾ Critica sulla scelta del supporto peritale ad oggetto troppo esteso, S. RENZETTI, *Il diritto di difesa dell'ente in fase cautelare*, Torino, Giappichelli, p. 184 s.

⁽²⁰⁾ Cfr. A.R. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero*, cit., p. 159.

⁽²¹⁾ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 946, segnala la tendenza dell'impresa a seguire «modalità di *compliance* formali, cosmetiche».

durre strumenti di certificazione ai modelli, in grado di assicurare la loro idoneità preventiva e, conseguentemente, escludere *a priori* la colpa dell'organizzazione⁽²²⁾.

Rimasto inattuato tale percorso, gli enti, sia se dotati di modelli di organizzazione che sprovvisti, hanno finito per accettare la verifica della rimproverabilità dell'illecito come momento imponderabile.

In tale discorso, le Linee guida di Confindustria, già ricordate nel loro fondamento giuridico, sono state da ultimo aggiornate nel 2014, in concomitanza del nuovo intervento legislativo, in chiave estensiva, del catalogo dei reati presupposto. Dette Linee guida, nel rispetto del reciproco parallelismo con la struttura dei modelli di organizzazione, si compongono della parte generale e di quella speciale. Nella seconda, segnatamente, si procede all'enunciazione, per categorie, dei reati presupposto, con analisi anche per singole fattispecie di delitti, e con l'individuazione delle misure di prevenzione che l'ente può adottare per prevenire determinate condotte contrarie al precetto penale.

Ebbene, scorrendo velocemente il testo, si può agilmente riscontrare come le stesse siano state prodotte facendo riferimento alle prassi indicate all'interno dei sistemi di gestione dei rischi, come quelli realizzati dall'International Standard Organization (ISO). Certamente si tratta di un pregevole approccio tecnico, che mira a far proprie le migliori pratiche di contenimento della possibilità di verificare situazioni avverse.

Dunque, mancando una presa di posizione della giurisprudenza, si potrebbe asserire che le norme della *soft law* prodotta da Confindustria, ove rinvino a regole cautelari elaborate da organismi internazionali, possano acquisire un valore privilegiato di esaustività nel giudizio di responsabilità dell'ente per le specifiche categorie di reati che esse puntavano a neutralizzare. In tal modo, non potrà muoversi alcun rimprovero nei confronti di quell'organizzazione che risulti aver configurato e reso operative, nel modello organizzativo, misure di prevenzione di reati secondo i più elevati *standard* internazionali, in accordo con i sistemi di gestione dei rischi. Invero, non vi sarebbe alcuna trasgressione della regola cautelare su cui fondare la colpa in organizzazione, quest'ultima indispensabile per entrambi i criteri di imputazione subiettiva, in ossequio al principio di personalità della responsabilità penale⁽²³⁾. A diversa conclusione si dovrebbe giungere per le disposi-

(22) Evidenzia le problematicità di tale percorso con «ipostatizzazione della statica del modello» S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1/2-2017, p. 104.

(23) R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231"*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 10 marzo 2016, p. 18 s.

zioni cautelari autoprodotte dalle Linee Guida di Confindustria, o più in generale di categoria. Le stesse si stagliano come atto di indirizzo per la realizzazione dei modelli di *compliance*, senza che ciò possa costituire un elemento decisivo in sede di accertamento giurisdizionale dell'idoneità.

3. Le regole per la Pubblica Amministrazione corrotta valgono per l'ente corruttore?

Il cambio di paradigma concettuale che si è avuto nella Pubblica Amministrazione a partire dal 2012 ha reso anche gli enti pubblici attori dell'auto-organizzazione per contenere i rischi corruttivi⁽²⁴⁾. La svolta di cui è discorso ha introdotto un approccio nuovo, orientando la concentrazione delle Pubbliche Amministrazioni verso un protagonismo proattivo. Del pari, il cennato obiettivo non è stato perseguito attraverso la sola forza della legge, ma si è aperto all'orizzonte della regolamentazione flessibile, che guidasse gli enti pubblici verso il cambiamento, senza rotture.

Il Piano Nazionale Anticorruzione, ed i successivi aggiornamenti, elaborati dall'Autorità Nazionale Anticorruzione hanno perimetrato gli spazi entro cui le Pubbliche Amministrazioni, in sede decentrata, avrebbero dovuto dare attuazione alle misure di contrasto alla corruzione, mediante il Piano triennale della Prevenzione della Corruzione e, dal 2016, della Trasparenza.

La L. n. 190 del 2012, integrata dal d.lgs. n. 97 del 2016, definisce detto Piano Nazionale un atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni, dando una indicazione di massima sulle finalità da perseguire⁽²⁵⁾, fornendo indicazioni metodologiche, nonché procedure di analisi dei rischi e misure di contenimento, senza tuttavia privare le singole amministrazioni del potere di costruire un autonomo sistema concreto di prevenzione della corruzione nell'organizzazione⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 77.

⁽²⁵⁾ Per completezza va segnalato un orientamento che si sta diffondendo nella giurisprudenza amministrativa in materia di concorsi universitari: alla luce dell'aggiornamento del 2017 del PNA avente per oggetto l'ambito universitario, è stato affermato che i provvedimenti amministrativi sono da considerarsi illegittimi ove in contrasto con le indicazioni del PNA, pur se conformi alla normativa interna dell'ente: si veda Tar Abruzzo, Pescara, 25 giugno 2019, n. 87, con nota di S. REGASTO, *Il TAR Abruzzo si pronuncia in materia di concorsi universitari*, in *www.dirittifondamentali.it*, 29 giugno 2019, p. 1 s.; Tar Liguria, Genova, Sez. I, 11 maggio 2020, n. 285; *contra*, TAR Lazio, Roma, Sez. III, 19 gennaio 2021, n. 781.

⁽²⁶⁾ E. RAGANELLA, *Piani anticorruzione e aggiornamenti*, in M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione*, Roma, Carocci, 2017, p. 75.

La relazione di osmosi tra disciplina valevole per gli enti pubblici e quella impiegata per gli enti privati è stata confermata dalla previsione dell'art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 190 del 2012, ove si è previsto che gli enti formalmente privatistici, ma sostanzialmente pubblici⁽²⁷⁾, adottano dette misure di prevenzione della corruzione, adeguandosi agli obblighi normativi, integrando i modelli di organizzazione configurati responsabilità degli enti dipendente da reato⁽²⁸⁾.

Così pare opportuno interrogarsi in ordine al rilievo che la *soft law* adottata dalla *government Agency*, con destinatari gli enti pubblici, possa assumere nei confronti negli enti giuridici nell'ambito del d.lgs. n. 231/2001. Seguendo l'approccio metodologico tracciato nel PNA, nonché le previsioni puntuali finalizzate proprio a scongiurare episodi di *maladministration*, che possono financo sfociare in condotte contrarie ai precetti penale, l'ente giuridico si potrebbe dotare di un programma di *compliance* che catturi anche spunti dalla dimensione organizzativa pubblicistica.

Certamente, l'ente che costruisce il modello organizzativo seguendo, perché obbligato, anche le sollecitazioni provenienti dall'ANAC, finirà per dimostrare nel procedimento a proprio carico per l'illecito amministrativo dipendente da reato una componente in più, a corredo dell'adeguatezza del proprio schema di *compliance*. Tra le misure di prevenzione potenzialmente estensibili si evidenziano: *i*) la rotazione degli incarichi, che involge gli uffici più esposti al rischio corruttivo; *ii*) l'individuazione di un esperto interno, dotato di specifiche competenze, incaricato di coordinare la gestione del rischio corruttivo, con pregnante autonomia d'azione; *iii*) la previsione di obblighi d'astensione in caso di conflitto di interessi, con particolare riguardo ai casi di sommatoria incarichi o cariche⁽²⁹⁾.

Se ciò vale per i soggetti nei cui confronti è prevista, come obbligo, l'integrazione dei contenuti del modello organizzativo con le previsioni pubblicistiche, si può analizzare se la normativa anticorruzione possa, ove seguita, contribuire a dimostrare l'idoneità preventiva del modello organizzativo per la generalità degli enti giuridici. Invero, la regolamentazione elaborata dall'ANAC non può essere considerata inconfidente per il solo

(27) Senza addentrarsi troppo nel tema, il riferimento è alle società a controllo pubblico ex d.lgs. 19 agosto 2019, n. 175, pur con dei distinguo.

(28) Sulle differenze tra modelli organizzativi e i Piani triennali di prevenzioni della corruzione, si rinvia a F. MERLONI, *I piani anticorruzione e i codici di comportamento*, in *Dir. pen. proc.*, 8S-2013, p. 4; nonché, C. MANACORDA, *Decreto 231 e Legge 190: l'anticorruzione allinea privato e pubblico*, in *Resp. amm. soc.*, 4-2014, p. 93 s.

(29) Per l'elencazione esaustiva delle misure, si veda il Piano Nazionale Anticorruzione 2013, Allegato 1: Soggetti, azioni e misure finalizzati alla prevenzione della corruzione.

fatto che è destinata alle Pubbliche Amministrazioni, e ai soggetti a queste parificati.

Difatti, l'organizzazione, sia essa pubblica o privata, può realizzare la propria politica di *compliance*, ispirandosi ai più innovativi approcci e strumenti che l'elaborazione della scienza ha configurato. Indi, il giudice, chiamato a pronunciarsi sull'efficacia preventiva del modello di organizzazione e gestione non può non prendere in considerazione altresì l'aver calato nell'ente alcune misure previste per le Pubbliche Amministrazioni, in particolare modo con riguardo alla disciplina dei reati a danno della P.A., nonché in relazione agli strumenti interni di emersione delle violazioni. Su questo ultimo punto, si può evidenziare come vi sia stato l'avvicinamento tra le organizzazioni pubbliche e private. La l. 30 novembre 2017, n. 179 ha ridisegnato l'istituto del *whistleblowing* nelle pubbliche amministrazioni, innovando il d.lgs. n. 165 del 2001, Testo Unico sul pubblico impiego, e, al contempo lo ha riprodotto pedissequamente nella normativa sulla responsabilità degli enti, elevandolo a contenuto necessario del modello di organizzazione e gestione.

Sebbene, dunque, il d.lgs. n. 231 del 2001 non abbia fornito puntuali indicazioni sui contenuti dei modelli, non potrà di certo negarsi come la normativa di indirizzo elaborata dalla Autorità Nazionale Anticorruzione, coinvolgendo anche gli *stakeholder* in una procedura concertata, finisca per orientare, con l'intensità propria della *soft law*, l'auto-organizzazione in chiave preventiva degli episodi criminali negli enti giuridici. Conseguentemente, tale approccio arricchisce l'armamentario in mano dell'ente indagato/imputato per dedurre l'insussistenza della propria responsabilità, e, del pari, consente al giudice di vagliare, secondo parametri obiettivati ulteriori, l'idoneità del modello.

4. Sistema di gestione del rischio corruttivo: Uni-ISO 37001.

L'evidente rilievo che il tema della corruzione ha acquisito sulla scena mondiale ha indotto anche l'*International Standard Organisation* (ISO) ⁽³⁰⁾ a redigere una normativa concernente la prevenzione della corruzione nelle organizzazioni, siano esse pubbliche o private. Il sistema di gestione Uni-ISO 37001 ⁽³¹⁾ mira a illuminare i processi dell'organizzazione con la fina-

⁽³⁰⁾ È organismo internazionale non governativo fondato nel 1947 a Ginevra, cui aderiscono oltre 160 paesi. Il suo scopo è definire regole tecniche di gestione e governo dei processi aziendali che conducono alla realizzazione di un prodotto e/o di un servizio, in grado di ridurre i rischi di errore o di eventi avversi nell'attività espletata.

⁽³¹⁾ Pubblicata in Italia in data 15 ottobre 2016, in vigore dal 20 dicembre 2016.

lità precipua di neutralizzare, *rectius* ridurre, il rischio corruttivo cui è esposto l'ente.

L'esperienza decennale dell'ISO nel costruire sistemi di gestione, in cui quello in parola pienamente si inserisce, si contrassegna per un approccio multifocale, in grado di fondere apporti provenienti da attori globali portatori di interessi.

La Uni-ISO 37001 si iscrive in una materia ampiamente regolata dalla disciplina legislativa, ma si caratterizza per l'apporto proattivo che imprime all'organizzazione, atteso che i processi attinti dal rischio corruttivo alimentano anche la cattiva gestione e l'inefficienza, e viceversa.

Seguendo un collaudato schema di strutturazione dei sistemi di gestione, c.d. *High Structure Level* (HSL) ⁽³²⁾, la normativa impone all'organizzazione di dotarsi di una *policy* anticorruzione, da declinare nei valori che si intende perseguire, nonché si impone l'elencazione di tutte le azioni vietate ⁽³³⁾.

La valutazione di rischi corruttivi che lambiscono l'organizzazione deve essere condotta in forza di informazioni documentate e da conservare, nonché si deve necessariamente procedere ad un riesame periodico; ciò al fine di verificare se vi sia stato mutamento del livello di rischio ovvero nell'efficacia delle misure di controllo già configurate.

Pur nell'ascrivere a tutti i membri dell'organizzazione un ruolo attivo, il sistema richiede la creazione della *funzione di conformità per la prevenzione della corruzione*, in aggiunta al ruolo degli organi direttivi. Essa supervisiona la politica nell'anticorruzione, uniformando l'approccio e l'azione delle varie sezioni di cui si compone l'organizzazione, nonché segnala le porzioni di processo che abbisognano di interventi ⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Si compone di dieci diversi paragrafi ciascuno con uno specifico argomento-finalità.

⁽³³⁾ Particolare attenzione viene destinata al sistema di attribuzione delle donazioni, sponsorizzazioni e regalie in genere: si richiede *i*) l'approvazione preventiva per uscite che superano un valore-soglia; *ii*) l'attribuzione ad un manager della responsabilità per tali esborsi in modo creare una supervisione unitaria delle pratiche; *iii*) la fissazione di criteri temporali cui erogarle (per esempio, prevedendo una clausola di raffreddamento che precede e segue la stipula di un contratto pubblico) o la frequenza (così da scongiurare che piccole donazioni, ripetute molte volte, finiscano per superare la soglia d'allarme).

⁽³⁴⁾ Il ruolo pare sovrapponibile al Responsabile per la prevenzione della corruzione e la trasparenza nelle pubbliche amministrazioni, e, pur solo in parte, all'Organismo Indipendente di Vigilanza del d.lgs. n. 231 del 2001.

In maniera analitica, poi, l'organizzazione deve fissare obiettivi da conseguire, cui sono collegati indici per la misurazione del livello di raggiungimento, da rideterminare progressivamente.

Tenuto conto altresì che gli episodi corruttivi presentano il carattere della relazione, il sistema di gestione del rischio corruttivo mira a coinvolgere i c.d. soci in affari⁽³⁵⁾, nei cui confronti si richiede l'impegno all'adozione di programmi di *compliance*, nonché l'introduzione nei rapporti negoziali di clausole di risoluzione espressa al riscontro di atti corruttivi che involgono l'affare. Emerge, pertanto, la forza estensiva della normativa Uni-ISO 37001, che non esprime il suo potenziale solo nell'organizzazione che la adotta, ma contamina positivamente tutti quegli operatori con cui si instaurano rapporti economici. Volendo prendere in prestito la terminologia nota della pandemia si potrebbe dire che l'indice di trasmissibilità della *anti-bribery policy* finisce, qui felicemente, per avere valore di molto superiore all'unità.

È poi prevista la diffusione della politica di contrasto alla corruzione tra il personale, nonché iniziative formative a quest'ultimo destinate, con livelli d'intensità crescente rispetto alla gravità del rischio nell'ambito in cui si presta la propria attività.

Centrale è, inoltre, l'architettura del sistema dei controlli interni, per singoli processi, sulle transazioni ovvero sulle operazioni commerciali, anche seguendo attività di *due diligence*, nonché con meccanismo di esame sui movimenti finanziari e non finanziari. A seguito dei cennati controlli, ovvero anche mediante segnalazioni inoltrate da chi è inseriti nell'organizzazione, presidiandone la riservatezza, devono essere condotte delle indagini, in modo indipendente e con il supporto collaborativo del personale, garantendo scambi continui con il responsabile della funzione di conformità per la prevenzione della corruzione. Il tutto deve essere accompagnato da *audit* interni, da espletare secondo cadenze temporali predeterminate che involgano, a turno, tutti i processi. A garanzia dell'efficacia delle procedure di *audit*, è previsto che tale attività di monitoraggio non venga espletata da quanti sono coinvolti nella sezione procedimentale esaminata, scongiurando così la tendenza a sottovalutare i rischi da parte di chi vi opera in prima persona.

L'intero impianto poc'anzi ricostruito deve inoltre essere sottoposto ad un continuo aggiornamento, non solo per supplire alle carenze riscontrate, ma anche per seguire l'evoluzione dei processi.

⁽³⁵⁾ La normativa Uni-ISO 37001, al punto 3.26, li individua testualmente come parte esterna con cui l'organizzazione ha o progetta di stabilire qualsivoglia forma di relazione commerciale.

L'interesse delle imprese ai sistemi di gestione è ben noto, in ragione dalla interoperabilità e integrazione delle normative relative a sempre maggiori domini, così da accrescere i vantaggi, contenendo i correlati costi. Ad esso si aggiunga il non trascurabile lustro che l'immagine dell'organizzazione è in grado di acquisire all'esterno, puntando sull'*integrity management*.

Il sistema di gestione Uni-ISO 37001 realizzato dall'ente è suscettibile di certificazione, previo esame da parte di un soggetto valutatore esterno. In tale momento, l'organo di valutazione svolge un puntuale riscontro dell'effettiva rispondenza del *antibribery management system* alle indicazioni contenute all'interno della regolamentazione.

Tanto ricostruito, ci si interroga in ordine al peso che l'*audit* "esterno", con esito positivo, possa acquisire nel problematico momento della valutazione dell'idoneità del modello organizzativo e di gestione ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001.

Già in Parlamento era stata avanzata la proposta della certificazione del programma di *compliance*, prospettando una modifica correttiva di uno delle maggiori questioni foriere d'incertezze della responsabilità dipendente da reato degli enti⁽³⁶⁾.

Per contro, l'ente giuridico che si auto-organizza per prevenire il rischio corruttivo, seguendo la *soft law* prodotta dall'*Internation Standart Organisation*, avrà anche realizzato un programma di *compliance* ex d.lgs. n. 231/2001 rispondente alle più avanzate sollecitazioni in materia di gestione di eventi avversi. Invero, le Linee guida di Confindustria già indicavano, quali cautele specifiche, tecniche di prevenzione configurate nelle prescrizioni dell'ISO, per gestire i più vari rischi aziendali⁽³⁷⁾.

In tal modo, l'ente, in sede di accertamento della responsabilità, sarebbe in grado di argomentare nel senso di aver svolto tutto il necessario per impedire il relativo reato corruttivo, poi comunque verificatosi.

Se gli studiosi esprimono resistenza alla certificazione in chiave liberatoria del modello⁽³⁸⁾, il medesimo risultato potrebbe essere raggiunto in modo indiretto, mediato. Invero, l'aver costruito il modello di *compliance*

⁽³⁶⁾ Sui progetti di riforma in questo senso, riflette G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.* 2010, p. 1137 s.; nonché, M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti. Un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4036 s.

⁽³⁷⁾ Pur se non c'è ovviamente riferimento alla Uni-ISO 37001, atteso che l'ultimo aggiornamento delle Linee guida precede l'entrata in vigore della normativa *Anti-bribery management system*.

⁽³⁸⁾ C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., p. 860 s.

in conformità alle indicazioni provenienti dai massimi organismi internazionali limiterebbe lo spazio per il rimprovero, in quanto non sarebbe configurabile alcuna regola cautelare violata sulla base del quale imputare la colpa in organizzazione⁽³⁹⁾. Si aggiunge, altresì, che il *test* di idoneità è espletato sul modello con riguardo alla categoria dei reati della specie di quelli verificatosi (art. 6, comma, 1, lett. *a*), d.lgs. n. 231 del 2001)⁽⁴⁰⁾. Tale approccio pare allineato alla realizzazione dei sistemi di gestione che, pur nella prospettiva d'integrazione reciproca e nell'organizzazione, frangono distinte categorie di rischi aziendali.

5. Conclusioni.

Lo spazio lasciato aperto dal legislatore delegato — peraltro nel silenzio assoluto della legge delega, l. 29 settembre 2000, n. 300, che nulla enuncia sul modello di organizzazione e gestione — può essere, come si è tentato di spiegare, colmato dalla *soft law*. Attraverso il rinvio a fonti normalmente distanti dal diritto punitivo si guidano gli enti giuridici nell'auto-organizzazione, contribuendo a sollecitare gli operatori economici che vogliono prosperare nella legalità. Detta soluzione appare un giusto equilibrio tra la necessità di fissare direttrici in grado di assicurare la prevedibilità della responsabilità e delle sanzioni, senza intromissioni legislative nelle scelte organizzative dell'impresa. Al contempo, assicura la continua evoluzione delle tecniche di prevenzione degli illeciti corruttivi ai più avanzati *standard* elaborati sia per soggetti privati che pubblici. Non solo. Atteso che la premialità sanzionatoria è collegata alla eliminazione delle carenze organizzative mediante l'adozione e l'attuazione di un modello di *compliance* ritenuto adeguato dall'autorità giudiziaria, e ciò deve essere realizzato in breve tempo, la normativa "morbida" milita anche nel senso di guidare il comportamento dell'ente, scongiurando un'attività di *maquillage* organizzativo che proprio la *ratio* del d.lgs. n. 231 del 2001 vuole evitare⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ Si veda *supra* par. 2.

⁽⁴⁰⁾ Così G. FIDELBO, *La valutazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Le Soc.*, suppl. 2011, *D. Lgs. 231: dieci anni di esperienza nella legislazione e nella prassi*, p. 58, secondo cui anche la valutazione giudiziale è comunque ristretta alla sezione del modello inerente reati della specie di quello verificatosi; del pari, M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 39.

⁽⁴¹⁾ Cass., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 467, Impregilo S.p.A., in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1429 s., con nota di A. BERNASCONI.

Dunque, mettendo a fattor comune i contributi provenienti dai codici di comportamento elaborati dalle associazioni di categoria, dagli indirizzi dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, nonché dalla normativa Uni-ISO 37001, si giunge a costruire un reticolo di cautele per l'impresa in grado di guidarla nella attività di *compliance*. Di conseguenza, anche il processo *de societate* non dovrebbe essere il luogo del pregiudizio, ma un momento di effettiva verifica dello sforzo organizzativo dell'ente per adeguarsi alle migliori cautele nel contrasto alla criminalità corruttiva.

ANNA FRANCESCA MASIERO

**LA LEVA PREMIALE NEL PRISMA DELLE FATTISPECIE
CORRUTTIVE: BREVI OSSERVAZIONI A MARGINE
DELLA CAUSA DI NON PUNIBILITÀ EX ART. 323-TER C.P.**

SOMMARIO: 0. Introduzione: l'esperimento di "strategie differenziate" nella materia dei reati corruttivi. — 1. La "carta" della non punibilità. Considerazioni preliminari. — 2. La proposta "scartata": la vecchia causa di non punibilità di milanese memoria. — 3. Per una opzione premiale *moderata*: la circostanza attenuante di collaborazione *ex art. 323-bis c.p.* — 4. (*Segue*) Per una opzione premiale *radicale*: la nuova esimente *ex art. 323-ter c.p.* — 5. Il fallimento delle previsioni premiali in materia di corruzione. Prospettive *de iure condendo*.

0. Introduzione: l'esperimento di "strategie differenziate" nella materia dei reati corruttivi.

Tra gli strumenti politico-criminali predisposti dal legislatore italiano per far fronte alla c.d. "emergenza corruttiva"⁽¹⁾ compaiono oggi alcune "strategie differenziate".

Invalsa nel panorama dottrinale italiano con precipuo riferimento alle tecniche di contrasto alla criminalità di stampo terroristico, questa espressione allude al ricorso ad uno *statuto penale diversificato* per talune categorie di reati; il quale si avvale di *tecniche alternative* rispetto al tipico schema *punitivo repressivo*, imperniato, come noto, su ben più collaudati *strumenta* e portavoce di istanze prevalentemente retributive⁽²⁾.

(1) In merito alla tendenza a percepire la corruzione come un fenomeno emergenziale v., da ultimo, V. MONGILLO, *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del "tipo d'autore" e derive emergenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 967 ss. V. altresì *infra sub* nt. 13.

(2) Sulla necessità di una risposta politico-criminale "alternativa", che non si fondi sulla mera «*creazione di nuove superflue fattispecie incriminatrici*» o sull'innalzamento delle pene edittali v. G. AMARELLI, *Le operazioni sotto copertura*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 163 s.

Elevato a *salvifica* soluzione politico-criminale, l'esperimento delle tecniche in discorso viene dunque giustificato in virtù del paradigma legislativo emergenziale nel cui contesto esse vedono i natali, nonché dell'asserita inefficacia delle strategie ordinarie di lotta ai fenomeni criminali; con le quali, per giunta, le prime talora si combinano, in un rischioso connubio, connotato da un lato dalla *differenziazione* della risposta punitiva e, dall'altro, dall'*irrigidimento* della stessa.

Più nello specifico, con riguardo alla materia delle fattispecie corruttive sono annoverabili almeno tre strategie differenziate: (a) *una prima strategia* fondata sull'infiltrazione nella compagine corruttiva di agenti sotto copertura (o, come forse sarebbe più corretto dire, di veri e propri agenti provocatori "sotto mentite spoglie")⁽³⁾; (b) *una seconda strategia* incentrata sulla previsione di misure premiali a beneficio del corrotto o del corruttore che prestino all'autorità un contributo collaborativo ai fini dell'accertamento dei reati⁽⁴⁾; (c) *una terza strategia*, operante nei contesti lavorativi, basata su segnalazioni di notizie di *mala gestio* e corruzione da parte dei dipendenti di organizzazioni pubbliche o private, anche detti *whistleblowers*⁽⁵⁾.

Muovendo da una loro disamina coordinata, è d'uopo segnalare come queste "vecchie-nuove" strategie presentino alcune analogie.

In primo luogo, esse costituiscono espressione di un progressivo processo di combinazione — *rectius*, ibridazione — dell'apparato penalistico con mezzi, finalità, logiche e valori propri di branche del diritto altre rispetto ad esso. Indicativa del processo in parola è la disciplina del *whistleblowing*, che incarna uno dei più recenti esempi di un fitto sistema di presidi anticorruzione di natura *amministrativa*, ed è diretta a prevenire irregolarità ed episodi di *maladministration* sui luoghi di lavoro, financo capaci di acquisire rilevanza penale⁽⁶⁾. Del pari, le stesse forme di collaborazione

⁽³⁾ Nella ormai copiosissima letteratura concernente la strategia dell'infiltrazione investigativa v., per tutti, M. BIRAL, *Le operazioni sotto copertura al banco di prova dei reati contro la pubblica amministrazione*, in R. ORLANDI, S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 223 ss.

⁽⁴⁾ In argomento, tra le tante autorevoli voci, cfr. T. PADOVANI, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *www.archiviopenale.it*, 30 novembre 2018, p. 6 ss.

⁽⁵⁾ Per una recentissima ed esaustiva disamina della disciplina del *whistleblowing* v., per tutti, A. DELLA BELLA, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 1403 ss.

⁽⁶⁾ In merito al susseguirsi negli ultimi decenni di misure preventive anticorruzione, *amministrative e parapenali*, v. N. AMORE, *L'eredità di Mani Pulite nel contrasto alla corruzione sistemica. Una breve ricognizione politico-criminale della legislazione anticorruzione degli ultimi trent'anni*, in *DisCrimen*, 27 novembre 2019, in particolare parr. 4 ss.

investigativo-processuale che si avvalgono dell'infiltrazione nel sodalizio corruttivo di *undercover agents* o di meccanismi di resipiscenza premiata a vantaggio del corrotto o del corruttore presentano una natura *eterozigote*: in forza della quale tali tecniche possono essere osservate con la lente sia del diritto penale *sostanziale*, sia di quello *processuale* (7). Una simile interdisciplinarietà, apprezzabile in quanto idonea a determinare un *rinnovamento* della risposta punitiva, solleva tuttavia problematiche di non poco momento, derivanti, in particolare, dalla necessità di sottoporre *anche* questi strumenti alternativi ad un vaglio di conformità alle garanzie che connotano la materia penale.

In secondo luogo, ciascuna delle strategie differenziate in parola si iscrive a pieno titolo nella tendenza, inaugurata nella materia *de qua* dalla c.d. legge Severino (L. n. 190 del 2012) (8), a realizzare un approccio integrato tra misure *preventive* e *repressive*. Questa tendenza può essere guardata con favore, poiché capace di incoraggiare una collaborazione tra autorità e privati, la quale, negli intenti del “governo del cambiamento”, avrebbe dovuto taumaturgicamente garantire lo scompaginamento “dall'interno” del circuito criminoso corruttivo mediante l'introduzione di elementi di insicurezza nel *pactum sceleris*; ma, in specie sul piano pratico-applicativo, essa presenta significative criticità che non possono essere sottoaccuse, le quali verranno analizzate nel prosieguo.

Alla luce di queste considerazioni, si può pertanto rilevare che l'esperimento delle strategie differenziate deve essere indagato con riferimento tanto alla *legittimità* dello stesso, quanto alla sua *opportunità*; senza peraltro tralasciare i peculiari *tratti genetici* delle fattispecie corruttive — *in primis* la natura necessariamente plurisoggettiva di gran parte di esse —, che si riflettono sulla instaurazione di un vincolo solidale a base omertosa tra i relativi autori. Trattati che, per vero, malgrado l'*astratta* rispondenza a siffatte strategie differenziate, finiscono per rivelare *in concreto* la scarsa congenialità di queste al *genotipo* criminale in parola; addivenendo financo ad

(7) Circa la *doppia anima*, sostanziale e processuale, delle forme di infiltrazione previste nel nostro ordinamento v. D. VICOLI, M. BIRAL, *La disciplina delle indagini sotto copertura tra esigenze di accertamento e limiti di utilizzabilità*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bononia University Press, Bologna, 2016, p. 666 s.

(8) Legge 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*; v., per tutti e con riguardo alle principali novità da questa introdotte in ambito penale, V. MONGILLO, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *www.penale-contemporaneo.it*, 15 dicembre 2015, in particolare p. 9 ss.

accrescere le difficoltà di accertamento processuale dei reati in esame, nonché la, già nutrita, cifra oscura che li connota.

1. La “carta” della non punibilità. Considerazioni preliminari.

Al fine di abbattere la suddetta cifra oscura, accanto alla previsione di (non troppo congeniati) strumenti di infiltrazione nel circuito corruttivo, il legislatore ha optato per il ricorso alla “leva premiale”, peraltro nella sua versione più pregnante, ossia quella basata sulla rinuncia alla punibilità. Difatti, la L. n. 3 del 2019⁽⁹⁾, entrata nel dibattito (non solo mediatico) con l'appellativo di “Spazza-corrotti” su proposta del suo stesso promotore, da un lato ha introdotto nel catalogo delle fattispecie per cui è consentito il ricorso alle operazioni sotto copertura molteplici delitti contro la pubblica amministrazione⁽¹⁰⁾; e, dall'altro, ha previsto per buona parte di essi una *causa sopravvenuta di non punibilità*, la cui disciplina è contenuta all'art. 323 *ter* c.p.⁽¹¹⁾, finora oggetto di modestissime applicazioni ma di un vivo interesse teorico.

Osservando la riforma in parola da una prospettiva essenzialmente metodologica, non sembrano emergere significativi elementi di novità; essa infatti appare del tutto in linea con la legislazione emergenziale di fine Novecento e, più nello specifico, con la propensione di quest'ultima di ricorrere

⁽⁹⁾ Legge 9 gennaio 2019, n. 3, *Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*.

⁽¹⁰⁾ Per una lettura *critica* della novella in oggetto cfr. T. PADOVANI, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit.; D. PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4 bis*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 600 ss.

⁽¹¹⁾ “1. Non è punibile chi ha commesso taluno dei fatti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322-bis, limitatamente ai delitti di corruzione e di induzione indebita ivi indicati, 353, 353-bis e 354 se, prima di avere notizia che nei suoi confronti sono svolte indagini in relazione a tali fatti e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto, lo denuncia volontariamente e fornisce indicazioni utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili. 2. La non punibilità del denunciante è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità dallo stesso percepita o, in caso di impossibilità, di una somma di denaro di valore equivalente, ovvero all'indicazione di elementi utili e concreti per individuarne il beneficiario effettivo, entro il medesimo termine di cui al primo comma. La causa di non punibilità non si applica quando la denuncia di cui al primo comma è preordinata rispetto alla commissione del reato denunciato. 3. La causa di non punibilità non si applica in favore dell'agente sotto copertura che ha agito in violazione delle disposizioni dell'articolo 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146”.

a norme di *collaborazione processuale*⁽¹²⁾. A destare qualche perplessità è invece il *presupposto* stesso della riforma, ovvero sia l'elevazione del fenomeno corruttivo ad emergenza del momento, dalla quale deriva, quanto meno nell'*intentio legislatoris*, una piena giustificazione del ricorso a tecniche punitive differenziate⁽¹³⁾.

Al di là, poi, dell'esattezza di un simile inquadramento, sono meritevoli di attenzione le ricadute della rinuncia alla punibilità dei fatti corruttivi: la quale, esplicandosi in una «*disapplicazione finalizzata delle pene comminate*» in astratto⁽¹⁴⁾, funge da «*cartina di tornasole (...) delle istanze della politica criminale all'interno dell'hortus clausus della sistematica penale*»⁽¹⁵⁾; e che, nonostante il successo riscosso in alcuni contesti criminali

(12) Non potendosi dilungare in questa sede sulle molteplici accezioni di premialità accolte nel nostro ordinamento, peraltro solo in parti incidenti sul versante sostanziale del diritto penale, è sufficiente qui ricordare, senza pretesa alcuna di esaustività, che in un'ottica di *diritto penale premiale* in senso stretto possono distinguersi due macrocategorie di previsioni, ovvero sia quelle espressive di un ravvedimento *sostanziale* e quelle che si traducono invece in una collaborazione di tipo *processuale*. Le prime, che possono essere definite *originarie* in quanto in buona parte già presenti nel codice del trenta, contemplano una vasta gamma di cause di attenuazione/esclusione della punibilità (circostanze attenuanti e cause di non punibilità sopravvenuta) caratterizzate da una stretta connessione con l'offesa tipica cagionata dal fatto di reato: si tratta per lo più di ipotesi di ravvedimento attivo, il cui fine è l'incentivazione ad una condotta positiva diretta a riparare l'*iniuria* provocata dal reato. Le seconde, invece, si traducono in un comportamento sintomatico di un processo di risocializzazione del reo apprezzabile in un momento successivo a quella della commissione del fatto: esse, pertanto, non condividono con le prime la logica di reintegrazione dell'offesa, sulla quale non incidono che marginalmente, e si concretizzano invece in una condotta collaborativa con l'autorità ai fini dell'individuazione dei relativi autori e dell'agevolazione della repressione dei reati commessi. Per una autorevolissima panoramica sulle suddette previsioni premiali e sui loro rispettivi tratti distintivi si rinvia a T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 529 ss.; per una più recente indagine in merito alle ipotesi di collaborazione processuale contemplate nel nostro ordinamento (e in altre esperienze europee) e le loro ricadute sui relativi sistemi penali v. invece C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2002, in particolare p. 28 ss.

(13) In merito alla percezione *distorta* della emergenza corruttiva v., ancora, T. PADOVANI, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 2; con riferimento invece alle «*ricadute normative*» della tendenza a trattare la corruzione come «*questione politico-criminale topica dei nostri tempi*» v. V. MONGILLO, *La legge "Spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2019, p. 240 ss.

(14) Così M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, p. 361.

(15) Così F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *www.sistemapenale.it*, 19 dicembre 2019.

durante stagioni *realmente* emergenziali⁽¹⁶⁾, solleva svariate questioni di compatibilità delle previsioni premiali con un paradigma di diritto penale costituzionalmente orientato⁽¹⁷⁾, utilizzata com'è quale «*titolo di credito, idoneo a remunerare le prestazioni che di volta in volta intenda sollecitare dal reo*»⁽¹⁸⁾.

Inoltre, se è vero che non appare possibile approcciare il tema dei «*momenti premiali*»⁽¹⁹⁾ nel diritto penale senza volgere lo sguardo al complesso sistema della punibilità⁽²⁰⁾ — il quale è già da tempo diventato «*il luogo di scelte politico-criminali differenziate per settori di intervento e per tipologie sociali e criminologiche*»⁽²¹⁾ —, è altrettanto vero che la strategia premiale nel nostro ordinamento si è tradotta, anche *in subiecta materia*, non solo in una esclusione della punibilità, bensì soprattutto nella previ-

⁽¹⁶⁾ Con riguardo alle strategie di contrasto all'emergenza del terrorismo in Italia v., in particolare, E. COTTU, *Altre "soavi inquisizioni": le tecniche premiali di rinuncia alla pena nella lotta al terrorismo contemporaneo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 191 ss. Invece, per un'analisi in chiave storico-comparata della legislazione emergenziale in materia di terrorismo in numerosi ordinamenti europei v. D. CASTRONUOVO, *Quale lezione dagli "anni di piombo"? La legislazione dell'emergenze e sui pentiti in prospettiva storica e comparata*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2019, p. 143 ss.

⁽¹⁷⁾ Per una esaustiva riflessione sulla "legittimità" del premio come strumento di politica criminale e sulle interferenze di questo e i principi costituzionali che informano la materia penale si rinvia a C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 406 ss. Sia consentito in questa sede ricordare che i principali attriti tra le esimenti premiali e la materia penale non ineriscono solo i profili di *legittimità costituzionale* della opzione politico-criminale basata sulla non punibilità (questione invero risolta dalla Corte costituzionale nella celebre pronuncia 148/1983), ma anche (e soprattutto) quest'ultima e i principi (di legalità, materialità e offensività in ispecie) e le funzioni stesse cui deve tendere la pena.

⁽¹⁸⁾ T. PADOVANI, «*Premio*» e «*corrispettivo*» nella dinamica della punibilità, in AA.VV., *La legislazione penale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 40.

⁽¹⁹⁾ Così F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale, Atti del settimo simposio di diritto e procedura penale promosso dall'Associazione Avv. Angelo Luzzani 26-27 giugno 1981*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 126.

⁽²⁰⁾ Sul tema della punibilità si rinvia, nel quadro di una vasta letteratura, a G. VASSALLI, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 609 ss.; L. STORTONI, *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 397 ss.; A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Giuffrè, Milano, 1998, *passim*; G. COCCO, *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in *Indice pen.*, 2015, p. 253 ss.; G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Giappichelli, Torino, 2016, *passim*.

⁽²¹⁾ Così M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Id.*, *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, cit., p. 393.

sione di circostanze attenuanti di collaborazione, il cui impatto «è così quantitativamente consistente da sollecitare questioni non dissimili da quelle poste dalle ipotesi di non punibilità»⁽²²⁾.

2. La proposta “scartata”: la vecchia causa di non punibilità di milanese memoria.

Occorre in ogni modo ricordare che l’idea di introdurre un’ipotesi premiale fondata sulla “non punibilità” nel contesto dei delitti contro la pubblica amministrazione non è certo nuova. Tale proposta era infatti già stata formulata, alcuni decenni fa, da un *pool* di studiosi, che si erano a lungo dedicati — con approcci peraltro assai diversi — all’analisi delle vicende note alle cronache come ‘scandalo di Tangentopoli’⁽²³⁾. Le indagini giudiziarie effettuate in quegli anni, che avevano messo in luce un radicato sistema di corruzione pubblica⁽²⁴⁾, erano confluite nella c.d. “Proposta della Statale”⁽²⁵⁾, presentata il 14 settembre 1994 presso l’Università milanese, anche conosciuta come “Progetto Cernobbio”⁽²⁶⁾.

Questo progetto, recependo le indicazioni contenute in alcune proposte di legge precedentemente presentate⁽²⁷⁾, prevedeva — accanto alla “unificazione delle fattispecie in materia di tangenti” — una *esimente*, per

⁽²²⁾ Così C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, cit., p. 20.

⁽²³⁾ Il *pool* di studiosi in questione riuniva alcune personalità di spicco provenienti dall’accademia, dalla magistratura e dalla professione forense, come Oreste Dominioni, Domenico Pulitanò, Federico Stella, Gherardo Colombo, Piercamillo Davigo, Antonio Di Pietro e Massimo D’Inoia.

⁽²⁴⁾ Cfr. sul punto R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all’art. 323-ter c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 giugno 2019, p. 5.

⁽²⁵⁾ In argomento, tra i tanti, v. F. SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, p. 941 ss.; G. INSOLERA, *Le proposte per uscire da Tangentopoli*, in *Critica al diritto*, 1995, p. 17 ss.; T. PADOVANI, *Il problema di Tangentopoli tra normalità dell’emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 453 ss.; D. PULITANÒ, *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, p. 3 ss. Più di recente cfr. F. FASANI, *La nuova causa di non punibilità per il “pentito di corruzione”*, in R. ORLANDI, S. SEMINARA (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, cit., p. 133 ss.

⁽²⁶⁾ Il cui testo è consultabile in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1994, p. 1025 ss.

⁽²⁷⁾ Il riferimento è alla proposta di legge *Azzaro ed altri*, n. 1789, presentata alla Camera dei Deputati il 31 maggio 1984 (e la successiva proposta di legge *Fumagalli Carulli*, n. 2556, presentata alla Camera dei Deputati il 16 febbraio 1993, analoga alla prima), le quali caldeggiavano l’introduzione di uno strumento premiale all’interno della materia dei reati contro la pubblica amministrazione al fine di facilitare l’accertamento processuale di questi. Cfr. https://www.camera.it/_dati/leg09/lavori/stampati/pdf/17800001.pdf.

corrotto e corruttore, dalla portata assai simile a quella dall'attuale art. 323-ter c.p.⁽²⁸⁾.

Il primo comma dell'art. 10 del suddetto progetto, recante “*Cause di non punibilità per la corruzione*”, statuiva infatti la non punibilità degli autori dei delitti di cui agli artt. 317 e 318 c.p.⁽²⁹⁾ che, prima dell'iscrizione della notizia di reato a loro carico, e comunque entro *tre* mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente si fossero autodenunciati all'autorità. La denuncia in parola doveva essere tuttavia corredata da una condotta collaborativa dai confini molto ampi: *in primo luogo*, l'esenzione da punibilità dei soggetti denunciati era subordinata alla comunicazione all'autorità di indicazioni utili all'individuazione di altri soggetti responsabili del reato; *in secondo luogo*, la norma richiedeva, tanto per il corrotto (co. 2) quanto per il corruttore (co. 3), la messa a disposizione nel medesimo arco temporale della somma rispettivamente *ricevuta* o *versata*.

Ad ogni buon conto, la causa di non punibilità in esame, strutturata in modo da riflettere il carattere di *bilateralità* del rapporto corruttivo⁽³⁰⁾, non era stata accolta con favore dalla dottrina prevalente; la quale, indirizzando inizialmente le critiche sulle problematiche connesse ai profili pratico-operativi di questa forma di respiscenza, aveva finito per contestare l'opportunità stessa dell'estensione della tecnica premiale alla materia dei reati contro la pubblica amministrazione⁽³¹⁾.

(28) L'art. 10 del progetto recitava: “1. Non è punibile chi abbia commesso il fatto previsto dall'art. 317 o dall'art. 318 qualora, prima che la notizia di reato sia stata iscritta su suo carico nel registro generale, e comunque entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denunci, fornendo indicazioni utili per individuare altri responsabili. 2. La non punibilità del corrotto è altresì subordinata alla condizione che egli, entro tre mesi dalla commissione del fatto, versi o renda comunque irrevocabilmente disponibile all'autorità giudiziaria una somma pari a quanto ricevuto, ovvero, per la parte in cui la somma che sia stata utilizzata nell'interesse altrui o versata ad altri, dia indicazioni che consentano di individuare l'effettivo beneficiario. 3. La non punibilità del corruttore è altresì subordinata alla condizione che egli, entro tre mesi dalla comunicazione del fatto, versi o renda comunque irrevocabilmente disponibile all'autorità giudiziaria una somma pari a quanto versato”.

(29) I quali al tempo disciplinavano le ipotesi di concussione e di corruzione per un atto di ufficio.

(30) Sul punto R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, cit., p. 7.

(31) Per una panoramica delle reazioni dottrinali sulla “vecchia” causa di non punibilità v. AA.VV., *Un itinerario comparatistico sulla collaborazione premiale riferita ai fenomeni corruttivi: da Tangentopoli a Lava Jato*, in www.archiviopenale.it, 9 maggio 2020, par. 5.1. In particolare, si intende *ivi* sottolineare come non fossero mancate voci contrarie a premiare la collaborazione *post delictum* a causa dell'effetto *controproducente* che l'adozione della esimente avrebbe potuto comportare (cfr. sul punto C.F. GROSSO, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione di Manipulite tra utopia punitiva*).

3. Per una opzione premiale *moderata*: la circostanza attenuante di collaborazione ex art. 323-bis c.p.

La proposta contenuta nel Progetto Cernobbio era dunque rimasta a lungo inascoltata fino a quando il legislatore italiano — con la L. n. 69 del 2015⁽³²⁾ — ha introdotto «*nel cantiere permanente dell'anticorruzione*»⁽³³⁾ una *diversa* forma di premialità per il “pentito di corruzione”: la circostanza attenuante di collaborazione processuale di cui all’art. 323-bis⁽³⁴⁾.

Il secondo comma di questa disposizione prevede una consistente riduzione di pena a favore degli autori di alcuni delitti contro la pubblica amministrazione che si siano adoperati «*per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme e delle altre utilità trasferite*»⁽³⁵⁾.

Appare pertanto evidente che la riforma del 2015 abbia inaugurato un istituto premiale *meno robusto* rispetto a quello contemplato dal progetto Cernobbio, ma altresì più accessibile; dando così voce alle istanze di quanti ritenessero necessario l’esperimento di una siffatta strategia politico-criminale anche all’interno dell’area corruttiva, senza tuttavia “scomodare” la categoria della punibilità. D’altro canto, l’opzione, senza dubbio più

tiva e suggestione premiale, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2345 ss.), sul quale anche la dottrina più recente ha avvertito il legislatore con riferimento alla causa di non punibilità di nuovo conio (si rinvia a *infra sub* par. 4). Per delle riflessioni più attuali sulla rinuncia alla punibilità con riferimento ai reati contro la pubblica amministrazione cfr., tra i molti, F. CINGARI, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, p. 94; F. VIGANÒ, *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2014, p. 22.

⁽³²⁾ Legge 27 maggio 2015, n. 69, *Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*.

⁽³³⁾ L’espressione è usata da V. MONGILLO, *La legge “Spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, cit., par. 1, il quale precisa come la materia dell’anticorruzione sia stata interessata nell’ultimo decennio da una vera e propria sequenza di novelle, intervenute “*ad intervalli serrati*”.

⁽³⁴⁾ Cfr., in argomento, C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 giugno 2015; A. SPENA, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazione e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015)*, in *Studium iuris*, 2015; G. DOMENICONI, *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla l. n. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 21 gennaio 2016.

⁽³⁵⁾ Così recita, per l’appunto, l’art. 323-bis co. 2 c.p., il cui ambito applicativo oggettivo coincide con le fattispecie di cui agli artt. 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis c.p.

“cauta”, per una mera attenuazione di pena, presenta molteplici pregi sul piano tecnico-giuridico: dalla natura della previsione — che, qualificandosi come circostanza, è suscettibile di soccombere in un ipotetico concorso con altre circostanze — alla non comunicabilità della stessa ad eventuali compartecipi in virtù del suo carattere soggettivo. Questi profili sono nondimeno bilanciati dall’alternatività delle condotte collaborative richieste dalla norma, dalla mancata previsione di un termine entro cui prestare il proprio contributo e dall’assenza di un vaglio circa la spontaneità del ravvedimento, chiari indizi dell’intento del legislatore di «*offrire al pentito la più vasta gamma possibile di comportamenti di ravvedimento legati da un unico filo conduttore*»⁽³⁶⁾ e, in generale, di incentivare al massimo una siffatta forma di collaborazione.

A dispetto di tutto ciò, il ricorso a questa forma *moderata* di premialità è parso estremamente limitato nel tempo⁽³⁷⁾ e il relativo dibattito è rimasto sopito per un paio d’anni; vale a dire fino a quando la legge “Spazza-corrotti” ha realizzato una vera e propria *escalation* di premialità, individuando la panacea di tutti i mali nella rinuncia alla punibilità.

4. (Segue) Per una opzione premiale *radicale*: la nuova esimente ex art. 323-ter c.p.

La causa di non punibilità di nuovo conio presenta un ambito applicativo che si differenzia tanto *per eccesso*, quanto *per difetto* rispetto alla proposta di milanese memoria⁽³⁸⁾. Difatti, la previsione in esame esclude la punibilità degli autori dei fatti previsti dagli artt. 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320,

⁽³⁶⁾ Così C. BENUSSI, *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell’art. 323-bis c.p.*, cit.

⁽³⁷⁾ Sul punto v. R. CANTONE, A. MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all’art. 323-ter c.p.*, cit., p. 8 e s. e, in particolare, nt. 11.

⁽³⁸⁾ E, per vero, ciò può essere rilevato altresì in relazione alla suddetta circostanza attenuante. Cfr. sul punto F. FASANI, *La nuova causa di non punibilità per il “pentito di corruzione”*, cit., p. 134, il quale osserva come, da un lato, la nuova esimente si applichi a un ventaglio di fattispecie più vasto rispetto a quello contemplato nel Progetto Cernobbio e, dall’altro lato, della stessa non possano beneficiare, diversamente dalla precedente proposta, gli autori dei reati in astratto suscettibili di connessione con quelli contro la pubblicazione amministrazione, quali i reati di falso o quelli tributari. Inoltre, per ragioni solo in parte comprensibili, neppure l’ambito applicativo delle due previsioni premiali contemplate nel codice coincide. L’art. 323-bis c.p., difatti, prevede l’applicabilità della circostanza attenuante anche all’ipotesi di istigazione alla corruzione, ma non abbraccia i delitti di cui agli artt. 353, 353-bis e 354 c.p. Per ulteriori riflessioni intorno all’ambito applicativo dell’esimente si rinvia a nt. 40.

321, 322-*bis* ⁽³⁹⁾, 353, 353-*bis* e 354 c.p. ⁽⁴⁰⁾ se essi, entro un determinato lasso di tempo, si autodenunciano all'autorità, fornendo a quest'ultima indicazioni utili per assicurare la prova e per individuare gli altri responsabili. Il secondo comma della disposizione puntualizza poi che l'esenzione della punibilità del denunciante, sia dell'*intraneus* sia dell'*extraneus*, è subordinata alla messa a disposizione dell'utilità percepita (o una somma equivalente), ovvero l'indicazione di elementi utili e concreti per individuare il beneficiario della stessa.

Tra le numerose questioni controverse sollevate dalla norma, oltre a quella — dal sapore squisitamente dogmatico — della sua esatta collocazione nell'ambito dell'ampia categoria della respiscenza premiata ⁽⁴¹⁾, vi sono quelle

⁽³⁹⁾ Con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 322-*bis* c.p., la previsione specifica “*limitatamente ai delitti di corruzione e di indebita induzione ivi indicati*”, escludendo così le ipotesi di peculato, concussione e istigazione alla corruzione di rilievo internazionale.

⁽⁴⁰⁾ Appare quantomeno curiosa l'inclusione nel catalogo delle fattispecie in oggetto dei delitti di tubata libertà degli incanti (art. 353 c.p.) e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-*bis* c.p.), integrabili con svariate condotte offensive, tra cui quelle costrittive (“*con violenza o minaccia*”) e quelle fraudolente (“*con mezzi fraudolenti*”). Difatti, è di tutta evidenza che, con riferimento a tali ipotesi, non sia configurabile un accordo né corruttivo, né paracorruttivo, come del resto nelle diverse ipotesi di concussione (art. 317 c.p.) o di istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), opportunamente escluse dall'ambito applicativo della previsione. Circa le critiche mosse in dottrina in relazione alla mancata inclusione nel “catalogo” dei reati di alcune fattispecie, quale quella del traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-*bis* c.p., peraltro riformata dalla l. “Spazza-corrotti”, cfr. S. FIORE, *Tracce di distopia legislativa nella “Spazzacorrotti”. Funzioni simboliche e deterrenza “latente” nell'uso della non punibilità*, in www.lalegislazionepenale.eu, 18 giugno 2020, p. 6; nonché L. NOTARO, *La causa di non punibilità del denunciante in materia di delitti contro la P.A.: vecchi e nuovi problemi in tema di legislazione premiale e collaborazione processuale di fronte all'espansione del paradigma emergenziale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 24 novembre 2020, p. 4 s.

⁽⁴¹⁾ A leggere la relazione ministeriale che ha accompagnato il disegno di legge, la logica sottesa a questa disposizione sembra essere quella della “*regressione dell'offesa*”; regressione tuttavia subordinata “*a condizioni (soglie temporali, fattività della collaborazione) volte ad assicurare una reintegrazione utile e tempestiva dell'interesse offeso dal reato*” per poter “*riconnettersi alla minaccia iniziale, e apparire quindi come osservanza, sia pure tardiva, di quello stesso precetto che è stato violato*” (cfr. Disegno di legge “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*”, presentato dall'On. Bonafede in data 24 settembre 2018, disponibile <http://documenti.camera.it/leg18/pdl/pdf/leg.18.pdl.camera.1189.18PDL0029490.pdf>, p. 21). Pertanto, l'art. 323-*ter* c.p. tratterebbe un'ipotesi di ravvedimento *sostanziale*, in linea con le altre ipotesi originariamente previste all'interno del codice penale. Tuttavia, tale prospettiva non appare del tutto persuasiva. Difatti, non ci si può esimere dal segnalare come non sembri ravvisabile nel caso di specie una “*divergenza speculare*” tra la condotta imposta dalla norma che si assume violata e quella richiesta dalla norma premiale. Malgrado i numerosi elementi “spuri”, che accomunano la forma in parola a quelle di ravvedimento sostanziale

intorno alle condizioni cui è subordinata la sua operatività⁽⁴²⁾, che si riflettono senz'altro sulla complessiva “resa applicativa” della riforma.

Con riferimento a queste ultime, occorre anzitutto osservare che lo spazio temporale entro cui è consentita l'(auto)denuncia — seppur (forse) dilatato rispetto a quello del progetto milanese⁽⁴³⁾ — risulta assai stringente, specie se confrontato con la fisiologica durata delle indagini per corruzione in Italia. Per la precisione, secondo il primo comma della disposizione in parola, la condotta collaborativa dell'*intraneus* o dell'*extraneus* deve intervenire prima che egli abbia notizia dello svolgimento di indagini a suo carico in relazione ai fatti in questione e, comunque, entro quattro mesi dalla realizzazione del reato (anche in forma tentata)⁽⁴⁴⁾. Il suddetto termine, la cui rigidità funge da indispensabile contrappeso all'esonazione di

— quali, ad esempio, i caratteri “modali” che essa deve rispettare, su cui ci si soffermerà nel prosieguo —, la non punibilità è ancorata alla proficuità della dichiarazione piuttosto che alla ritrattazione. Il proposito collaborativo deve infatti manifestarsi volontariamente e tradursi in una fattiva collaborazione, la quale non può tuttavia manifestarsi oltre uno specifico limite temporale. Cfr. sul punto cfr. sul punto F. ALVINO, *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione*, in *www.magistraturaindipendente.it*, 5 marzo 2019, p. 4, il quale peraltro osserva che “*L'esimente in parola sembra quindi partecipare di alcuni degli elementi tipici delle cause di non punibilità realmente regressive dell'offesa, pur collocandosi in una prospettiva ordinamentale profondamente diversa da esse*”. Ne deriva che la neutralizzazione (o attenuazione) della portata offensiva del fatto non passa infatti per una contro-condotta, come nelle forme tipiche di ravvedimento sostanziale, ma al contrario abbisogna dell'intervento dell'autorità giudiziaria.

⁽⁴²⁾ Circa la peculiarità delle condizioni applicative dell'art. 323-ter c.p. v. S. FIORE, *Tracce di distopia legislativa nella “Spazzacorrotti”*. *Funzioni simboliche e deterrenza “latente” nell'uso della non punibilità*, cit., p. 8, il quale osserva, assai condivisibilmente, come le difficoltà connesse al riconoscimento della sussistenza di tutti i requisiti previsti per poter beneficiare della causa di non punibilità “*non dipend[ano] solo dalla loro numerosità, ma anche dalla loro natura. Alcuni di essi, infatti, non possono invero dirsi obiettivi o almeno non del tutto, richiedendo invece una valutazione giudiziale che ne verifichi la ricorrenza: si pensi alla natura «utile e concreta» delle indicazioni fornite e persino al calcolo del tempo trascorso dalla commissione del fatto, che notoriamente, proprio per la corruzione, può presentare in concreto aspetti controversi. Il soggetto potrebbe cioè autodenunciarsi, confessare, persino restituire il maltolto e vedersi tuttavia negata l'applicazione della causa di non punibilità, per la ritenuta insussistenza, da lui non preventivabile, per così dire, di qualcuna delle molteplici condizioni, potendo al massimo sperare nell'applicazione della circostanza attenuante prevista dall'art 323-bis c.p.*”.

⁽⁴³⁾ Pare tuttavia opportuno segnalare che, sebbene il testo del Progetto Cernobbio (v. nt. 28) fissi il termine massimo entro cui è consentita la delazione in *tre* mesi, all'interno delle *Note illustrative di proposte in materia di corruzione e di illecito finanziamento dei partiti* (sempre in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1037) esso viene fatto coincidere con un lasso temporale addirittura raddoppiato.

⁽⁴⁴⁾ Ammesso poi che la forma in oggetto rientri nell'ambito applicativo della norma, altro nodo irrisolto della novella, ma per la cui soluzione affermativa è ragione-

punibilità del reo⁽⁴⁵⁾, decorre evidentemente dal momento della commissione del fatto ed è connesso ad esigenze di specialprevenzione, attesa la minore riprovevolezza della condotta collaborativa intervenuta in un arco temporale limitato. Tuttavia, nonostante il pregevole intento del legislatore di evitare strumentalizzazioni della misura premiale mediante l'esclusione delle autodenuche "opportunistiche" e sollecitate dalla conoscenza di indagini a proprio carico, non si può sottacere che, da una parte, il dato testuale non consente di cogliere l'effettivo significato della nozione di "notizia"⁽⁴⁶⁾; e, dall'altra parte, che il termine previsto dalla novella sia poco compatibile, sul piano prasseologico, con i tempi, piuttosto dilatati, che tendenzialmente l'emersione del fatto corruttivo richiede.

Inoltre, l'operatività della esimente *de qua* è subordinata, come si anticipava, alla "messa a disposizione dell'utilità percepita" ovvero — qualora il reo sia impossibilitato a tale adempimento — alla dazione di una somma equivalente. La norma, tra l'altro, sembra parificare a detta restituzione "l'indicazione di elementi utili all'individuazione del beneficiario attivo", imponendo così all'interprete di "stimare", quasi soppesare, le diverse prestazioni, e di calibrare così il valore economico di una alla pregnanza dell'altra.

In forza di questi stringenti requisiti, non è mancato chi abbia denunciato l'intrinseca irragionevolezza pratica della norma in discorso. In dottrina, infatti, alcuni autori si sono interrogati sulla convenienza di una siffatta autodenucia: "*chi mai potrà essere lo sprovveduto che, nei (...) mesi stabiliti (...), si azzarderà a farsi avanti, non sapendo se nel frattempo è avve-*

vole propendere in virtù della natura di *favore* della previsione di cui all'art. 323-ter, che consentirebbe dunque l'estensione dei suoi effetti anche alle ipotesi di delitto tentato.

⁽⁴⁵⁾ Nonché, come segnalato da autorevole dottrina, da limite al consolidamento degli effetti del reato e all'indebolimento stesso dell'efficacia generalpreventiva del precetto penale; sul punto cfr. D. PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4-bis*, cit., p. 601.

⁽⁴⁶⁾ La nozione dà adito a dubbi interpretativi poiché non è chiaro se essa debba essere intesa in senso tecnico o meno; favorevole alla seconda soluzione, pur in assenza di appigli forniti dal diritto vivente, V. MONGILLO, *La legge "Spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere dell'anticorruzione*, cit., p. 269 e s., il quale precisa che, a garanzia della spontaneità della denuncia, è sufficiente che il soggetto attivo non sia a conoscenza dell'esistenza di indagini a proprio carico, ma non necessariamente anche della propria iscrizione nel registro degli indagati. Di questa opinione anche L. NOTARO, *La causa di non punibilità del denunciante in materia di delitti contro la P.A.: vecchi e nuovi problemi in tema di legislazione premiale e collaborazione processuale di fronte all'espansione del paradigma emergenziale*, cit., p. 6, la quale esclude l'operatività della esimente in caso di conoscenza "casuale" dell'*intraneus* o dell'*extraneus* interessato da una indagine.

nuta l'iscrizione?"⁽⁴⁷⁾. Tale dubbio, del resto, risulta avvalorato proprio dal limitato ambito applicativo della norma, che esclude tanto le ipotesi di preordinazione alla commissione del reato realizzata mediante l'intervento di un agente sotto copertura⁽⁴⁸⁾, quanto, come si è visto, i casi in cui almeno uno degli autori del fatto abbia appreso di essere sottoposto ad indagini penali. Residuerrebbero pertanto le sole ipotesi di un effettivo ravvedimento del soggetto attivo, il quale decida tempestivamente di "lanciarsi nel buio", correndo però il rischio di esporsi a contestazioni nuove per reati diversi da quelli contro la pubblica amministrazione, ma che spesso fungono da "satellite" rispetto a questi ultimi.

In definitiva, l'effetto disincentivante della norma premiale ruota attorno all'inserimento del suddetto elemento di insicurezza, che dovrebbe valere come contropinta all'entrare in (futuri) accordi illeciti: tuttavia, in ragione della struttura della norma in discorso, tale strategia potrebbe rivelarsi inefficace, o financo dannosa, e indurre i protagonisti del sodalizio criminoso a far fare al *pactum sceleris* un vero e proprio "salto di qualità"⁽⁴⁹⁾, rinforzando il loro legame per il timore di delazioni. Questo rilievo è peraltro confermato dalla natura *necessariamente plurisoggettiva* di molte fra le fattispecie elencate all'art. 323-ter c.p., ove, malgrado il recente *trend* legislativo favorevole alla progressiva estensione della punibilità all'*extraneus*⁽⁵⁰⁾, il fatto posto in essere dal pubblico ufficiale mantiene un disvalore significativamente maggiore rispetto a quello commesso dal "privato"; senza contrare, peraltro, che quest'ultimo potrebbe essere (più o meno caldamente) sollecitato dall'*intraneus* a mantenere segreto il loro accordo in

⁽⁴⁷⁾ Così, provocatoriamente, T. PADOVANI, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 7.

⁽⁴⁸⁾ Il co. 3 dell'art. 323-ter c.p., infatti, stabilisce la non operatività della causa di non punibilità qualora il collaborante abbia partecipato alla commissione del fatto con l'intento di denunciare poi i correi. Tale esclusione è evidentemente finalizzata ad evitare che l'agente sotto copertura agisca superando i limiti sanciti dall'art. 9 della l. 16 marzo 2006, n. 46 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*), la quale elenca tassativamente le condotte che questi può compiere al solo scopo di "acquisire elementi di prova" in ordine ai reati corruttivi, nonché per evitare strumentalizzazioni della causa di non punibilità stessa.

⁽⁴⁹⁾ F. FASANI, *La nuova causa di non punibilità per il "pentito di corruzione"*, cit., p. 130.

⁽⁵⁰⁾ Basti pensare alla succitata legge Severino, che — come assai noto — ha esteso la punibilità per il reato di cui all'art. 319-quater c.p., *Induzione indebita a dare o promettere utilità* (inserito peraltro dalla stessa), ai privati, prima ritenuti meri soggetti passivi e, come tali, non punibili.

forza delle conseguenze deteriori che il pubblico ufficiale potrebbe subire nel caso in cui il reato venisse accertato.

Per concludere, la dottrina non ha mancato di sottolineare⁽⁵¹⁾ che la norma sembrerebbe in fin dei conti premiare un meccanismo, oltre che “*illogico*”, potenzialmente “*criminogeno*”⁽⁵²⁾: in grado, dunque, di provocare minacce, ricatti e altri illeciti tra corrotto e corruttore, anch’essi suscettibili di rimanere avvinti dall’ancora più intricato “bozzolo omertoso”⁽⁵³⁾.

5. Il fallimento delle previsioni premiali in materia di corruzione. Prospettive *de iure condendo*.

A due anni dalla riforma “Spazza-corrotti”, come prospettato dai primi autorevoli commentatori⁽⁵⁴⁾, il bilancio è tutt’altro che lusinghiero. I fatti hanno del resto pienamente confermato le previsioni in merito alla scarsa attrattività della causa di non punibilità di cui all’art. 323-ter c.p., avvalorando così la tesi secondo cui l’adozione di misure *extra ordinem* — più o meno pregnanti — alle volte non costituisce una valevole strategia politico-criminale, per almeno due ordini di ragioni.

Il primo. La selezione dell’ambito applicativo delle strategie differenziate è operazione di cruciale importanza, la quale, a onor del vero, solo utopicamente potrebbe non risentire dalla percezione della rilevanza sociale della singola “emergenza criminale” o, in altri termini, del suo *fenotipo*. Come noto, tra l’altro, il sempre più frequente affidamento ad indici di percezione per la rilevazione dei dati concernenti la corruzione si pone quale inevitabile alternativa alla rinuncia a misurare il fenomeno⁽⁵⁵⁾; e si riflette, nondimeno, nella superficialità dell’indagine del *genotipo* dello stesso, che al contrario dovrebbe avere un ruolo centrale.

Alla luce dell’analisi svolta si può senz’altro affermare che quello delle fattispecie corruttive non costituisce un fertile terreno di coltura per le misure premiali, a prescindere dalla loro modulazione. Come accennato, di-

⁽⁵¹⁾ Come, del resto, aveva già fatto in relazione al Progetto Cernobbio; cfr., sul punto, C.F. GROSSO, *L’iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione di Manipulite tra utopia punitiva e suggestione premiale*, cit., p. 2345.

⁽⁵²⁾ Così F. FASANI, *La nuova causa di non punibilità per il “pentito di corruzione”*, cit., p. 130.

⁽⁵³⁾ Così G. FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, p. 181.

⁽⁵⁴⁾ V., per tutti, D. PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell’autore di corruzione e dell’infiltrato e la riforma dell’art. 4 bis*, cit., p. 602.

⁽⁵⁵⁾ In argomento v. E. AMMANNATO, *La misura giudiziaria della corruzione: il terzo livello dell’effettività penale*, in *www.sistemapenale.it*, 18 gennaio 2021, par. 1.1.

fatti, la natura plurisoggettiva della gran parte dei delitti del titolo secondo fa sì che ogni autodenuncia corrisponda, di fatto, anche ad una delazione; favorendo perciò la ricerca da parte dei soggetti attivi di detti reati di *escamotage* (sul piano pratico) atti a fugare il rischio della rottura del patto omertoso, la quale a sua volta comporta l'acuirsi delle difficoltà di accertamento di questi.

Il secondo. La promessa dell'impunità, apparentemente in contrasto con la *overdeterrence* invocata dalla riforma, rappresenta una scelta audace, ma che non può essere effettuata con leggerezza⁽⁵⁶⁾, diversamente da quanto pare aver fatto il legislatore del 2019; il quale ha rispolverato la "carta della non punibilità", mutuandola da settori della criminalità con i quali i reati contro la pubblica amministrazione non hanno alcuna affinità empirico-criminologica, senza però predisporre le condizioni per un reale funzionamento della strategia politico-criminale in parola.

In una prospettiva *de iure condendo*, allora, molteplici sarebbero gli accorgimenti adottabili — beninteso, in via legislativa — al fine di favorire il ricorso alla previsione di nuovo conio. *Sul piano oggettivo*, innanzitutto, potrebbe rivelarsi opportuna una rivisitazione dell'ambito di applicazione della causa di non punibilità: da una parte, infatti, si auspicherebbe l'esclusione delle ipotesi che non si traducono in un accordo corruttivo o paracorruttivo⁽⁵⁷⁾ dal perimetro d'incidenza della stessa; e, dall'altra, l'estensione dell'impunità ai reati potenzialmente connessi a quelli corruttivi. *Sul piano soggettivo*, inoltre, sarebbe senz'altro significativa la limitazione della esenzione della punibilità al mero privato, che avrebbe l'effetto di mettere l'agente pubblico — colui che ha più da temere in casi di mancata collaborazione e di condanna — in balia del corruttore⁽⁵⁸⁾. Infine, per quanto attiene alle condizioni cui la norma subordina l'operatività dell'esimente, una dilatazione del lasso temporale entro cui il soggetto attivo può ravvedersi ragionevolmente contribuirebbe a rendere più attrattiva la forma di resipiscenza in esame.

Tuttavia, residua il dubbio che il *restyling* della causa di non punibilità non rappresenti una soluzione davvero conveniente. Piuttosto, l'evidente

⁽⁵⁶⁾ S. FIORE, *Tracce di distopia legislativa nella "Spazzacorrotti". Funzioni simboliche e deterrenza "latente" nell'uso della non punibilità*, cit., p. 4.

⁽⁵⁷⁾ A voler essere precisi, per coerenza sistematica, parrebbe altresì opportuno realizzare una coincidenza tra le ipotesi di mera attenuazione della pena di cui al 323-bis c.p. e quelle della sua esenzione *ex art. 323-ter c.p.*, anche alla luce del fatto che il primo comma dell'art. 323-bis contempla un terzo e, ancora una volta diverso, catalogo di fattispecie per le quali è applicabile la attenuante della particolare tenuità.

⁽⁵⁸⁾ In argomento cfr. T. PADOVANI, *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, cit., p. 8.

fallimento della riforma dovrebbe forse costituire l'occasione per un mutamento di prospettiva: la "suggerzione premiale" potrebbe infatti cedere il passo ad un rinvigorimento di altre strategie, sì *differenziate*, ma maggiormente congeniali al *genotipo* delle fattispecie corruttive.

Tra queste, ad esempio, quella — pur non esente da criticità⁽⁵⁹⁾ — che si avvale di *whistleblowers* per segnalare il compimento di illeciti perpetrati all'interno di organizzazioni lavorative, già praticata nel nostro ordinamento, a partire dalla legge Severino, anche nella materia dei reati contro la pubblica amministrazione. Si tratterebbe dunque di una valida alternativa alla tecnica premiale, sulla carta più efficace di quest'ultima proprio in ragione della estraneità della "sentinella" rispetto al fatto⁽⁶⁰⁾; il ricorso alla quale, finora per lo più finalizzato alla denuncia di fattispecie bagatelari, necessiterebbe peraltro di affrancarsi da queste ed essere invece riservato ai fatti corruttivi maggiormente significativi⁽⁶¹⁾. A ben vedere, proprio le fattispecie che avevano ispirato la riforma del 2019 nella materia *de qua*, la cui effettività sembra tuttavia essere stata di gran lunga superata dalla carica simbolica della stessa.

Bibliografia

- AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Atti del settimo simposio di diritto e procedura penale promosso dall'Associazione Avv. Angelo Luzzani 26-27 giugno 1981, Giuffrè, Milano, 1983.
- AA.VV., *La legislazione penale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, Milano, 1987.
- AA.VV., *Un itinerario comparatistico sulla collaborazione premiale riferita ai fenomeni corruttivi: da Tangentopoli a Lava Jato*, in *www.archiviopenale.it*, 9 maggio 2020.
- ALVINO F., *Collaborazione e impunità nei reati contro la pubblica amministrazione*, in *www.magistraturaindipendente.it*, 5 marzo 2019.

⁽⁵⁹⁾ Per una disamina della disciplina del *whistleblowing*, con particolare riferimento alle sue ricadute in materia penale, v., oltre a A. DELLA BELLA, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, cit., *passim*, A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, in *www.lagelegislazionepenale.eu*, 3 giugno 2018, *passim* e, volendo, A.F. MASIERO, *La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE. Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in *www.archiviopenale.it*, 8 giugno 2020.

⁽⁶⁰⁾ Per una recentissima riflessione sull'ineffettività del *whistleblowing* in ordine ai cd. *corporate crimes* v. M. SCOLETTA, *Il fischietto silente. Ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, in *www.sistemapenale.it*, 1 febbraio 2021, *passim*.

⁽⁶¹⁾ In tal senso v. A. DELLA BELLA, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, cit., p. 1428 s.

- AMARELLI G., *Le operazioni sotto copertura*, in MAIELLO V. (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 163-195.
- AMMANNATO È., *La misura giudiziaria della corruzione: il terzo livello dell'effettività penale*, in *www.sistemapenale.it*, 18 gennaio 2021.
- AMORE N., *L'eredità di Mani Pulite nel contrasto alla corruzione sistemica. Una breve ricognizione politico-criminale della legislazione anticorruzione degli ultimi trent'anni*, in *DisCrimen*, 27 novembre 2019.
- BENUSSI C., *Alcune note sulla nuova attenuante del secondo comma dell'art. 323-bis c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 26 giugno 2015.
- BIRAL M., *Le operazioni sotto copertura al banco di prova dei reati contro la pubblica amministrazione*, in ORLANDI R., SEMINARA S. (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 223-243.
- BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Atti del settimo simposio di diritto e procedura penale promosso dall'Associazione Avv. Angelo Luzzani 26-27 giugno 1981, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 121-136.
- CANTONE R., MILONE A., *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 3 giugno 2019.
- CASTRONUOVO D., *Quale lezione dagli "anni di piombo"? La legislazione dell'emergenze e sui pentiti in prospettiva storica e comparata*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2019, pp. 143-167.
- COTTU E., *Altre "soavi inquisizioni": le tecniche premiali di rinuncia alla pena nella lotta al terrorismo contemporaneo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, pp. 191-207.
- CINGARI F., *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, pp. 79-98.
- COCCO G., *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in *Indice pen.*, 2015, pp. 253-278.
- DE FRANCESCO G., *Punibilità*, Giappichelli, Torino, 2016.
- DELLA BELLA A., *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1403-1432.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta*, Giuffrè, Milano, 1998.
- DOMENICONI G., *Alcune osservazioni in merito alle modifiche apportate dalla l. n. 69/2015 alla disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 21 gennaio 2016.
- DONINI M., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003.
- DONINI M., *Non punibilità e idea negoziale*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, pp. 347-375.
- DONINI M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in ID., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Cedam, Padova, 2003, pp. 377-412.
- FASANI F., *La nuova causa di non punibilità per il "pentito di corruzione"*, in ORLANDI R., SEMINARA S. (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 115-156.
- FIORE S., *Tracce di distopia legislativa nella "Spazzacorrotti". Funzioni simboliche e deterrenza "latente" nell'uso della non punibilità*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 18 giugno 2020.

- FORTI G., *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, pp. 177-186.
- GROSSO C.F., *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli. Il progetto anticorruzione di Manipolite tra utopia punitiva e suggestione premiale*, in *Cass. pen.*, 1994, pp. 2341-2347.
- INSOLERA G., *Le proposte per uscire da Tangentopoli*, in *Crit. dir.*, 1995, pp. 17-33.
- MAIELLO V. (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Giappichelli, Torino, 2015.
- MANTOVANI M., CURI F., TORDINI CAGLI S., TORRE V., CAIANIELLO M. (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bononia University Press, Bologna, 2016.
- MASIERO A.F., *La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in *www.archiviopenale.it*, 8 giugno 2020.
- MONGILLO V., *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 dicembre 2015.
- MONGILLO V., *La legge "Spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2019, pp. 231-311.
- MONGILLO V., *Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del "tipo d'autore" e derive emergenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 967-1019.
- NOTARO L., *La causa di non punibilità del denunciante in materia di delitti contro la P.A.: vecchi e nuovi problemi in tema di legislazione premiale e collaborazione processuale di fronte all'espansione del paradigma emergenziale*, in *www.lalegislazionepenale.eu.*, 24 novembre 2020.
- ORLANDI R., SEMINARA S. (a cura di), *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, Giappichelli, Torino, 2019.
- PADOVANI T., *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di «ravvedimento»*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, pp. 529-545.
- PADOVANI T., «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della punibilità, in *Aa.Vv.*, *La legislazione penale. Convegno in ricordo di Pietro Nuvolone*, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 39-74.
- PADOVANI T., *Il problema di Tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 448-462.
- PADOVANI T., *La Spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *www.archiviopenale.it*, 30 novembre 2018.
- PALAZZO F., *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *www.sistemapenale.it*, 19 dicembre 2019.
- PULITANÒ D., *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1997, pp. 3-41.
- PULITANÒ D., *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4-bis*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 600-607.
- RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2002.
- RUGANI A., *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, in *www.lalegislazionepenale.eu.*, 3 giugno 2018.
- SCOLETTA M., *Il fischietto silente. Ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, in *www.sistemapenale.it*, 1 febbraio 2021.
- SGUBBI F., *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, pp. 941-944.

- SPENA A., *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazione e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015)*, in *Studium iuris*, 2015, pp. 1115-1124.
- STORTONI L., *Premesse ad uno studio sulla "punibilità"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 397-423.
- VASSALLI G., *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 609-636.
- VICOLI D./BIRAL M., *La disciplina delle indagini sotto copertura tra esigenze di accertamento e limiti di utilizzabilità*, in MANTOVANI M., CURI F., TORDINI CAGLI S., TORRE V., CAIANIELLO M. (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna University Press, Bologna, 2016, pp. 665-688.
- VIGANÒ F., *I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2014, pp. 4-24.

SANDRA PICICUTO

**IL RUOLO DEL *WHISTLEBLOWING*
NELLA PREVENZIONE DELL'ILLECITO PENALE:
EFFICACIA E CRITICITÀ**

SOMMARIO: 1. Il *whistleblowing*: uno strumento di contrasto alla criminalità. — 2. Le fonti internazionali e sovranazionali. — 3. L'evoluzione normativa nazionale dell'istituto. — 4. La tutela del lavoratore segnalante. — 5. L'apporto del *whistleblower* e gli incentivi al *whistleblowing*. — 6. Quale responsabilità per il *whistleblower*? — 7. L'impatto della Direttiva UE n. 1937/2019 sulla disciplina nazionale.

1. Il *whistleblowing*: uno strumento di contrasto alla criminalità.

Nell'ambito del contrasto alle criminalità, accanto alla consolidata componente repressiva, un importante contributo proviene da quella preventiva: in questo ambito si collocano le forme di cooperazione pubblico-privato, tra cui emerge l'istituto d'importazione statunitense del *whistleblowing*⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Per una completa, poliedrica e aggiornata analisi dell'istituto si rinvia a A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità. Atti del convegno annuale del dipartimento di scienze giuridiche "Cesare Beccaria", Milano, 18-19 Novembre 2019*, Giuffrè, Milano, 2020.

Con un rapido sguardo all'esperienza maturata oltreoceano, giova richiamare — muovendo dai tempi più recenti — il *Dodd-Frank Act* del 2010, con il quale il legislatore statunitense ha inteso reagire alla crisi economica globale del 2008 rafforzando le forme di controllo pubblicitistiche del mercato, in controtendenza rispetto alla precedente *deregulation* e in linea di continuità con il *Sarbanes-Oxley Act (SOX)* del 2002, con cui si potenziavano i poteri della *Securities and Exchange Commission (SEC)*. Proprio nel *SOX* è possibile rinvenire il nucleo duro della disciplina del *whistleblowing*, essendosi estese con esso le tutele del *whistleblowing* ai lavoratori segnalanti delle grandi società, quotate e non, alle quali è imposta l'adozione di idonei canali di segnalazione. Indietro nel tempo, un primo modello di segnalazione remunerata è rinvenibile nel *False Claims Act* del 1863, relativo alle frodi nelle forniture pubbliche e negli appalti e sorto nel contesto della guerra di secessione, durante la quale si registrarono numerosi comportamenti fraudolenti dei fornitori di materiale bellico; in via diacronica, ad esso seguì il *Lloyd-La Follette Act*

Si tratta di uno strumento del quale difetta, nei testi delle fonti multilaterali che lo interessano, una definizione univoca e vincolante. Una condivisibile definizione generale è, comunque, offerta da uno studio commissionato dal Parlamento Europeo, secondo cui con il termine *whistleblowing* si farebbe riferimento a «*the insider disclosure of what is perceived to be evidence of illegal conduct or other serious risks, out of or in relation to activities of an organization including the work related activities of its staff*»⁽²⁾.

del 1912, le cui tutele furono successivamente irrobustite dal *Civil Service Reform Act* del 1978 e dal *Whistleblower Protection Act* del 1989.

Circa le tutele offerte al *whistleblower* è da richiamarsi, almeno, la *section 922 del Dodd-Frank Act*, la quale prevede un periodo di protezione di sei anni dalle ritorsioni che dovessero eventualmente interessare i lavoratori che segnalano violazioni della disciplina dei mercati finanziari. La disposizione in parola è stata interessata, nel 2018, da una pronuncia della Suprema Corte (*Digital Reality Trust, Inc. v. Somers*), la quale ha perimetrato l'ambito di applicazione della tutela ai casi di collaborazione del *whistleblower* con la SEC, così respingendo quell'interpretazione estensiva della disciplina secondo cui la tutela sarebbe stata da offrire anche al lavoratore che avesse segnalato l'illecito soltanto internamente e non anche alle Autorità di controllo, fermi restando gli obblighi di segnalazione interna di cui al *Sarabans-Oxley Act*.

Sul piano degli incentivi al *whistleblowing*, invece, si segnalano le ricompense monetarie offerte dalla *Securities and Exchange Commission* (SEC) al lavoratore che segnali illeciti finanziari che vengano infine sanzionati.

Un sintetico ma esaustivo quadro sul *whistleblowing* negli USA è offerto da E. BASILE, *Il whistleblowing: una svolta "istituzionale" negli USA, nuove misure nell'ordinamento italiano e recenti iniziative eurounitarie*, in *Riv. soc.*, 2-3, 2018, pp. 776-777. Si vedano anche G. AMATO, *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4-2014, pp. 553-561; A. FRIGNANI, *Il whistleblowing in Italia: la nuova legge dimentica la concorrenza (e non solo)*, in *Giur. comm.*, 3-2019, p. 397; G. INVERNICI, *Il whistleblowing. Commento agli artt. 5-6-7-profili societari*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI, G. VARRASO, a cura di, *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 230-233; G. MASSARI, *Il whistleblowing all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, in *Stud. jur.*, 9-2018, pp. 982-983; A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, in *Leg. pen.*, 3.06.2018, p. 3. Un interessante cenno al ruolo del *whistleblowing* nei recenti episodi di devianza economica è offerto da A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 101-105. Oltre che sul panorama statunitense, più in generale sul contributo del *whistleblowing* nella prevenzione dei fenomeni corruttivi cfr. A. PEZZUTO, *Il whistleblowing: un rimedio efficace contro la corruzione?*, in *Il risp.*, 2-2016, p. 93 e ss.

⁽²⁾ B. ROHDE-LIEBENAU, *Whistleblowing Rules: Best Practice - Assessment and Revision of Rules Existing in EU Institutions*, 12.052006, disponibile su [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JOIN_ET\(2006\)373735](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JOIN_ET(2006)373735).

Per interessanti spunti definitori si rinvia a G. AMATO, *Profili penalistici*, cit., pp. 553-561; si veda, inoltre, G. INVERNICI, *Il whistleblowing*, cit., pp. 228-230, ove si afferma che «*whistleblower* è colui che, avendo osservato o temendo di trovarsi di fronte

In generale, quindi, con l'introduzione e l'implementazione di tale istituto negli ordinamenti giuridici si intende favorire l'emersione dei comportamenti scorretti mediante la spontanea denuncia dei fatti da parte dei lavoratori, così corresponsabilizzando i privati nella prevenzione degli illeciti⁽³⁾.

A fronte di molteplici vantaggi, tuttavia, il trapianto normativo nel sistema italiano non è stato, e non è, scevro di (potenziali) criticità, principalmente sul piano della tutela e degli eventuali benefici da offrire al *whistleblower*⁽⁴⁾. Dette criticità sono accentuate dal contesto socio-culturale; per una efficace introduzione del *whistleblowing* nell'ordinamento italiano, infatti, occorrerebbe dapprima un rovesciamento della gerarchia di valori della cultura del lavoro in modo da porre il lavoratore al centro del sistema di prevenzione: il lavoratore segnalante dovrebbe così vivere una metamorfosi da "spione" a "eroe"⁽⁵⁾.

ad un comportamento illegale o, comunque, non etico, provvede a darne comunicazione ad un soggetto che ritiene in grado di intervenire sul comportamento per prevenirlo o circoscriverne gli effetti».

⁽³⁾ Per un'ampia panoramica sulla c.d. "privatizzazione della prevenzione", G.M. FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione*, in *Cass. pen.*, 9-2015, pp. 2980-2990; e, anche in chiave criminologica, M.A. BARTOLUCCI, *Per chi suona il fischietto? Qualche nota sul c.d. paradosso del whistleblowing tra «autore» e «osservatore» in ambito "231"*, in *Giur. pen.*, 1 bis-2021, pp. 145-147.

⁽⁴⁾ Su tali considerazioni, ancora E. BASILE, *Il whistleblowing*, cit., pp. 777-779; e F. COPPOLA, *Il whistleblowing: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, *Dir. pen. proc.*, 4-2010, pp. 475-485; A. DELLA BELLA, *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione*, cit., pp. 159-160.

⁽⁵⁾ Emblema di tale cambio di prospettive è la definizione rinvenibile su www.whistleblowers.org, ove si parla di «*brave individuals that put themselves on the line to protect us all*».

Sulla rivoluzione culturale implicata dall'introduzione del *whistleblower* si rinvia alla lettura di un aneddoto raccontato da P. DAVIGO, *Il sistema della corruzione*, Editori Laterza, Roma, 2017, pp. 32-33 e già riportato in F. COPPOLA, *Il whistleblowing*, cit., p. 475; nonché di un passo di V.V. ALBERTI, *Pane sporco. Combattere la corruzione e la mafia con la cultura*, Rizzoli, Milano, 2018, p. 29, già citato in G. MASSARI, *Il whistleblowing*, cit., p. 981, ove si pone l'accento sulla radicata valutazione negativa della figura del denunciante, non di rado etichettato come "spione" piuttosto che come "vedetta civica". Ancora, sul tema, G. INVERNICI, *Il whistleblowing*, cit., pp. 229-230, ove «l'alternativa che si pone è quella tra considerare i *whistleblower* come figure positive che combattono la corruzione e quella di additarli come traditori che rivelano informazioni personali e interne alla propria organizzazione per un proprio tornaconto»; G. AMATO, *Profili penali*, cit., pp. 561-563 e F. FERRARO, *L'etica del whistleblowing tra impresa privata e pubblica amministrazione*, in A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione*, cit., pp. 427-443 che, dopo aver condotto una lucida analisi delle quattro principali teorie

Al fine di meglio delimitare l'analisi che sarà condotta nei paragrafi seguenti, occorre preliminarmente ricordare che quello del *whistleblowing* è un fenomeno complesso: le diverse discipline di studio ne hanno messo in luce, tra gli altri, i profili economico-aziendali, etici, psicologici, sociali e giuridici.

Il presente scritto intende esaminare l'istituto in chiave di diritto penale, mettendone in luce sia alcuni profili di efficacia sia alcune criticità.

2. Le fonti internazionali e sovranazionali.

Il *whistleblowing* è oggetto di specifica attenzione in diverse fonti internazionali e sovranazionali⁽⁶⁾.

Nell'ambito del *Working Group on bribery in international business transactions* (WGB) — istituito dall'art. 12 della Convenzione dell'OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche del 1997 e incaricato di monitorare l'attuazione della Convenzione stessa — si afferma l'esistenza di un obbligo degli Stati parte di adottare misure volte alla protezione dei lavoratori segnalanti. Sebbene nessuna specifica disposizione preveda espressamente tale obbligo, è possibile individuare il fondamento nel combinato disposto dell'art. 5 della Convenzione e del par. I della *Revised recommendation of the Council on combating bribery in International business transactions*, da cui deriverebbe per gli Stati parte l'obbligo di prevedere misure effettive per la prevenzione e il contrasto della corruzione, tra cui quelle a tutela del *whistleblower*⁽⁷⁾.

di carattere etico sul *whistleblowing* (ossia, della teoria del danno, della complicità, delle buone ragioni e, infine, dell'integrità), si interroga criticamente sull'esigenza di assurgere il lavoratore segnalante a eroe, indagando le motivazioni sottese alla segnalazione e le intenzioni proprie del segnalante.

⁽⁶⁾ Una sintetica ed esaustiva ricognizione delle principali fonti internazionali e comunitarie sul tema è offerta da A. FRIGNANI, *Il whistleblowing*, cit., pp. 394-395; G. INVERNICI, *Il whistleblowing*, cit., pp. 234-237; G. MASSARI, *Il whistleblowing*, cit., p. 983-984; A. RUGANI, *I profili penali*, cit., pp. 4-5; N. PARISI, *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione*, cit., pp. 3-40.

⁽⁷⁾ Si tratterebbe di una «pratica ulteriore seguita nell'applicazione del trattato», ai sensi dell'art. 31.3, lett. b) della Convenzione di Vienna del 1969 - secondo l'interpretazione mai contestata dagli Stati parte. La tutela del *whistleblowing* è uno dei parametri di valutazione applicati nel monitoraggio dell'implementazione della Convenzione. Per una più completa riflessione sul punto, F. GANDINI, *Il whistleblowing negli strumenti internazionali in materia di corruzione*, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI, *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno Editore, Acireale-Roma, 2011,

La Convenzione civile sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999 prevede espressamente una forma di tutela per i lavoratori segnalanti, statuendo all'art. 9, rubricato *Protection of employees*, che «*Each Party shall provide in its internal law for appropriate protection against any unjustified sanction for employees who have reasonable grounds to suspect corruption and who report in good faith their suspicion to responsible persons or authorities*». Gli Stati firmatari sono, pertanto, gravati dall'obbligo di prevedere strumenti di tutela per i *whistleblowers*. Nell'art. 9 in commento non è rinvenibile alcuna distinzione tra i lavoratori del settore pubblico e di quello privato, mentre emerge il modello del c.d. *insider whistleblower*, ossia del lavoratore appartenente all'organizzazione che riferisce a organi interni o autorità esterne. La disposizione convenzionale sembra, inoltre, risolvere il bilanciamento tra dovere di fedeltà del lavoratore e segnalazione dei fatti corruttivi a favore di quest'ultima, a condizione che il *whistleblower* abbia ragionevoli motivi per sospettare (senza che sia richiesta la certezza né, tantomeno, lo svolgimento di una sorta di indagine interna ad opera del lavoratore) e abbia riferito in buona fede⁽⁸⁾.

La tutela del *whistleblower* è prevista anche dall'art. 22 della Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999, rubricato *Protection of collaborators of justice and witnesses*, ove si dispone che «*Each Party shall adopt such measures as may be necessary to provide effective and appropriate protection for: a) those who report the criminal offences established in accordance with Articles 2 to 14 or otherwise co-operate with the investigating or prosecuting authorities; b) witnesses who give testimony concerning these offences*».

La Convenzione dell'ONU contro la Corruzione (UNCAC), adottata dall'Assemblea Generale nel 2003 e aperta alla firma a Merida nello stesso anno, dedica allo strumento del *whistleblowing* l'art. 33, rubricato *Protection of reporting persons*, secondo cui «*Each State party shall consider incorporating into its domestic legal system appropriate measures to provide protection against any unjustified treatment for any person who reports in good faith and on reasonable ground to the competent authorities any facts concerning offences established in accordance with this Convention*». È immediata-

pp. 89-90; e N. PARISI, *Il whistleblowing: vincoli internazionali, adattamento interno, attitudine culturale*, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI, *op. cit.*, pp. 99-100.

(8) Su tale contemperamento insiste anche il Rapporto esplicativo della Convenzione, ove si ribadisce la necessaria sussistenza, ai fini della protezione del *whistleblower*, dello stato oggettivo (*i.e.*, dei ragionevoli motivi) e di quello soggettivo (*i.e.*, della buona fede); in assenza di tali elementi, ci si troverebbe innanzi ai c.d. *malicious reports*. Si veda F. GANDINI, *Il whistleblowing*, *cit.*, pp. 90-92.

mente evidente una sostanziale differenza con la disciplina dedicata all'istituto dalla Convenzione civile sulla corruzione del Consiglio d'Europa: mentre quest'ultima prevede espressamente un obbligo in capo agli Stati parte («*each Party shall provide*») di adottare misure a tutela del *whistleblower*, la Convenzione di Merida prevede una mera facoltà («*each State party shall consider incorporating*»). Al di là di questa differenza, il modello di *whistleblowing* adottato dalla Convenzione di Merida — pur nell'assenza di una definizione formale — sembra coincidere con quello fatto proprio dalla Convenzione civile sulla corruzione già menzionata: si tratta di un *insider whistleblower*, segnalante fatti rilevanti ai sensi della Convenzione. Anche in questa sede, il conflitto tra segnalazione e doveri di fedeltà del lavoratore viene risolto tenendo in considerazione la buona fede del segnalante e la sussistenza di ragionevoli motivi per sospettare della sussistenza di episodi corruttivi⁽⁹⁾.

Un ulteriore e più ampio riferimento alla tutela da offrire al lavoratore segnalante è rinvenibile nell'art. 5 della Convenzione sulla cessazione della relazione di lavoro ad iniziativa del datore di lavoro dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro del 1982 (non ratificata dall'Italia), secondo cui non costituisce valido motivo di licenziamento «il fatto di aver presentato un'istanza o partecipato a procedure avviate contro un datore di lavoro in ragione di presunte violazioni della legislazione, o presentato un ricorso alle autorità amministrative competenti».

Con riferimento alla normativa dell'Unione europea, un ruolo centrale riveste la Direttiva UE n. 1937/2019, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione il 26 novembre 2019⁽¹⁰⁾.

La Direttiva è volta ad armonizzare la disciplina del *whistleblowing* nei diversi Stati membri, predisponendo un'effettiva tutela del segnalante al fine di incentivarne l'attività di segnalazione, così da produrre, da ultimo, risultati positivi sul piano della prevenzione dei reati. Gli Stati membri sono chiamati ad adeguare le relative discipline nazionali entro due anni, potendo estendere le tutele anche a settori ulteriori rispetto a quelli espressamente previsti dalla Direttiva.

⁽⁹⁾ Per un quadro più completo, ancora, F. GANDINI, *op. cit.*, pp. 93-94; e N. PARISI, *Il whistleblowing*, cit., p. 98.

⁽¹⁰⁾ Per un primo commento alla Direttiva si rinvia a A. DELLA BELLA, *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sist. pen.*, 6.12.2019; A.F. MASIERO, *La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE. Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in *Arch. pen. web*, 8.06.2020, cit., pp. 22-27.

Sull'impatto della Direttiva sulla normativa nazionale vigente, v. *infra* par. 7.

Con la Direttiva si disegna una disciplina generale⁽¹¹⁾ del *whistleblowing*. L'ambito di applicazione materiale delle tutele è delineato dall'art. 2, par. 1, ove si prevede che le segnalazioni abbiano ad oggetto alcune violazioni del diritto dell'Unione concernenti i settori specificamente indicati (lett. *a*), gli interessi finanziari dell'Unione (lett. *b*) e le violazioni riguardanti il mercato interno (lett. *c*). Il secondo paragrafo dell'art. 2 consente agli Stati membri di estendere le tutele a settori ulteriori. Inoltre, ai sensi dell'art. 3, la disciplina generale di cui alla Direttiva cede il passo innanzi alle discipline settoriali eurounitarie (indicate nella parte II dell'allegato alla stessa Direttiva) e non pregiudica le tutele e i diritti già previsti per i lavoratori sul piano nazionale.

3. L'evoluzione normativa nazionale dell'istituto.

A valle di numerose esortazioni internazionali⁽¹²⁾, l'istituto del *whistleblowing* è stato introdotto⁽¹³⁾ in Italia in occasione della riforma dei delitti di corruzione ad opera della l. n. 190/2012, c.d. legge Severino.

⁽¹¹⁾ Ad una vocazione settoriale rispondeva, invece e ad esempio, la Direttiva UE n. 30/2013 che disciplinava il *whistleblowing* con riferimento all'applicazione dell'*acquis* ambientale dell'Unione.

⁽¹²⁾ Si ricordino, almeno, la raccomandazione del *Working Group on Bribery* dell'OCSE del 2007, nonché, nel 2009, il Rapporto *Alternative to Silence* di *Transparency International*, nel quale si indicava come desiderabile l'introduzione in Italia di una legge sul *whistleblowing*, e ancora il rapporto di valutazione sull'Italia, redatto dal Gruppo di Stati contro la Corruzione (GRECO), ove si raccomandava l'introduzione dell'istituto.

⁽¹³⁾ Ad onor del vero, occorre segnalare che già prima dell'introduzione di una disciplina organica del *whistleblowing* esistevano nell'ordinamento italiano alcune disposizioni relative ai lavoratori segnalanti. Per una disamina di tali precedenti si rinvia a G. INVERNICI, *Il whistleblowing*, cit., pp. 237-239; e A. RUGANI, *I profili penali*, cit., pp. 5-23.

In questa sede, sembra opportuno ricordare, in primo luogo — sebbene concepiti nell'ottica di efficienza del sistema giustizia piuttosto che di tutela del lavoratore — gli artt. 361 e 362 c.p. relativi all'obbligo di denuncia all'autorità giudiziaria dei p.u. o degli i.p.s. dei reati di cui abbiano avuto conoscenza in ragione del ruolo ricoperto. Inoltre, una qualche forma di tutela del lavoratore era già rinvenibile nella tutela della libera manifestazione di pensiero di cui all'art. 1 dello Statuto dei Lavoratori. Ancora, un "antenate" del *whistleblowing* è rinvenibile negli artt. 2408 e 2409 c.c., disciplinanti i poteri di denuncia del socio rispettivamente al collegio sindacale e al tribunale. Infine, a livello settoriale, si potrà ricordare l'art. 149 del d.lgs. n. 58/2008 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, T.U.F.) che prevede in capo al collegio sindacale l'obbligo di segnalazione alla Consob delle irregolarità riscontrate nell'ambito dell'attività di vigilanza.

In generale, sull'evoluzione della disciplina nazionale, A. DELLA BELLA, *Il whistleblowing*, cit., pp. 160-162.

Il comma 51 dell'art. 1 della summenzionata legge provvedeva ad inserire all'interno del d.lgs. n. 165/2001 (Testo Unico del Pubblico Impiego, T.U.P.I.) il nuovo art. 54-*bis* rubricato «tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti», finalmente disciplinando l'istituto del *whistleblowing*, sebbene limitatamente al settore pubblico.

L'originaria formulazione dell'art. 54-*bis* T.U.P.I. tratteggiava una figura di *whistleblower* (il pubblico dipendente) segnalante tanto internamente (al proprio superiore gerarchico) quanto esternamente (all'autorità giudiziaria o alla Corte dei Conti) le condotte illecite conosciute in ragione del rapporto di lavoro. Al *whistleblower* venivano offerte specifiche tutele avverso sanzioni, licenziamento e discriminazioni, sempre che la segnalazione non integrasse gli estremi del reato di calunnia o diffamazione o della responsabilità *ex art.* 2043 c.c. Inoltre, era prevista una, seppur debole, tutela dell'anonimato del segnalante, soccombente innanzi alle esigenze di difesa dell'incolpato qualora la contestazione fosse fondata, anche parzialmente, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante risultasse essenziale in chiave difensiva⁽¹⁴⁾.

Sebbene innegabile sia l'apporto fornito dalla legge Severino all'introduzione del *whistleblowing* in Italia, non possono tacersi alcune criticità emerse immediatamente e via via risolte dall'evoluzione normativa.

In estrema sintesi, devono ricordarsi il ristretto ambito di applicazione soggettivo, che vedeva esclusi dalle tutele i lavoratori segnalanti del settore privato; il richiamo normativo al risarcimento del danno *ex art.* 2043 c.c., che consentiva la condanna al risarcimento del lavoratore la cui segnalazione si fosse successivamente rivelata infondata; nonché la sdruciolevole tutela dell'anonimato e l'inclusione nel novero dei destinatari della segnalazione del superiore gerarchico, il quale potrebbe essere direttamente interessato dall'illecito segnalato. Su quest'ultimo aspetto, giova precisare che, a valle della modifica legislativa apportata dalla l. n. 114/2014, è stata introdotta la possibilità di segnalare l'illecito — oltre che al superiore gerarchico, all'autorità giudiziaria, alla Corte dei Conti — anche all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC).

In tale contesto è da segnalarsi proprio l'attività della neocostituita ANAC, la quale si è immediatamente concentrata sugli aspetti attuativi della disciplina, in particolare con le linee guida in materia di «tutela del

⁽¹⁴⁾ Per un primo commento alla neo-introdotta disciplina, G. AMATO, *Profili penalistici*, cit., pp. 549 e ss.; G. INVERNICI, *Il whistleblowing*, cit., pp. 239-240; A.F. MASIERO, *La disciplina*, cit., pp. 9-12; G. MASSARI, *Il whistleblowing*, cit., pp. 984-986; A. PEZZUTO, *Il whistleblowing*, cit., pp. 110 e ss.; A. RUGANI, *I profili penali*, cit., p. 6.

dependente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*)», Determina n. 6 del 2015⁽¹⁵⁾.

Già da questa sommaria analisi della disciplina del *whistleblowing* così come delineata dalla legge Severino emerge con prepotenza il disallineamento tra lavoratori del settore pubblico — investiti dalla tutela — e del settore privato — estranei ad essa⁽¹⁶⁾.

Dovrà attendersi il 2017 perché la legge n. 179 — recante «disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato» — ridisegni la disomogenea disciplina italiana del *whistleblowing*, colmando anche la summenzionata asimmetria⁽¹⁷⁾ mediante l'innesto nell'art. 6 del d.lgs. 231/2001 di alcuni nuovi commi.

La l. n. 179/2017 si compone di tre articoli: il primo interviene sul preesistente art. 54-*bis* del T.U.P.I., modificando la tutela del *whistleblowing* nel settore pubblico; il secondo interviene sull'art. 6 del d.lgs. 231/2001, introducendo l'istituto nel settore privato; il terzo riguarda il rapporto tra la segnalazione la disciplina della segretezza⁽¹⁸⁾.

Quanto al *whistleblowing* nel settore pubblico, la disciplina di cui all'art. 54-*bis* del T.U.P.I. vede l'aggiunta di ulteriori cinque commi agli originari quattro.

Tra le principali modifiche occorre innanzitutto menzionare l'ampliamento della nozione di dipendente pubblico (54-*bis*, c. 2), intendendosi

⁽¹⁵⁾ Disponibile su https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=6123.

⁽¹⁶⁾ Tale differenza è stata anche segnalata nell'allegato 12, concernente l'Italia, della Relazione della Commissione Europea al Consiglio e alla Commissione Europea sulla lotta alla corruzione, ove si ritiene che le disposizioni introdotte abbiano «carattere piuttosto generico e non esaustivo, poiché non coprono tutti gli aspetti della segnalazione o tutti i tipi di tutela da concedere in queste circostanze» e si rileva che «non è [...] contemplato il whistleblowing nel settore privato. Per la piena funzionalità del dispositivo di tutela dei segnalanti, sono ancora necessarie altre misure, tra cui precisazioni sui canali di segnalazione, dispositivi di protezione e campagne di sensibilizzazione». La relazione è disponibile su <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/IT/1-2014-38-IT-F1-1-ANNEX-9.Pdf>.

⁽¹⁷⁾ Alcuni sforzi, sebbene settoriali, si erano già registrati con l'introduzione — nel 2015, in recepimento delle Direttive Europee in ambito finanziario e bancario — dei nuovi articoli 4-*undecies*, T.U.F. e 52-*bis* del d.lgs. n. 385/1993 (Testo unico bancario, T.U.B.), con i quali venivano previste tutele per le segnalazioni interne, tanto in termini di protezione del segnalante quanto di riservatezza della segnalazione.

⁽¹⁸⁾ Per una prima panoramica sulla disciplina del *whistleblowing* di cui alla l. n. 179/2017 si rinvia a G. MASSARI, *Il whistleblowing*, cit., pp. 987-992; e A. RUGANI, *I profili penali*, cit., pp. 6-7.

con esso non solo il dipendente della P.A. ma anche degli enti pubblici economici e degli enti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico *ex art. 2359 c.c.* La tutela è stata, inoltre, estesa ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica⁽¹⁹⁾.

Così delineato l'ampliato ambito di applicazione soggettivo, merita essere fin da subito riferita la forte tutela offerta al segnalante (54-*bis*, c. 3): «l'identità del segnalante non può essere rivelata». Tale tutela trova, tuttavia, immediatamente dei contemperamenti nell'ambito del procedimento penale (di cui si dirà meglio *infra*, par. 4), del procedimento innanzi alla Corte dei Conti e di quello disciplinare.

La segnalazione del pubblico dipendente deve, inoltre, avvenire «nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione» (54-*bis*, c. 1), senza che tale requisito trovi più puntuale definizione⁽²⁰⁾. Il requisito in parola sembra indirizzare verso l'esclusione dei *malicious reports* dall'ambito della tutela, malgrado, in occasione del passaggio del testo legislativo al Senato, sia stato espunto l'originario richiamo alla buona fede soggettiva del segnalante, che pure sarebbe valso a evidenziare il carattere deontologico della segnalazione. Senza forzare la lettera della legge, si potrebbe quindi sostenere che «sottese alla denuncia possono anche rinvenirsi motivazioni egoistiche, ma esse al più devono accompagnare, sullo sfondo, il prioritario interesse alla salvaguardia dell'integrità degli ingranaggi amministrativi»⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Tra questi rientrano gli appaltatori di appalti pubblici, nell'intento di far penetrare il *whistleblowing* nel settore classicamente più interessato da episodi corruttivi. Non rientrano, invece, i dipendenti degli enti privati a partecipazione pubblica non sottoposti al regime di controllo che, agendo *iure privatorum* e autonomamente dai soggetti pubblici, dovrebbero vedersi applicate le tutele previste per il settore privato o, nel caso in cui rivestano la qualifica di p.u. o i.p.s., gli artt. 361 e 362 c.p. Critico su tale esclusione, A. RUGANI, *I profili penali*, cit., p. 8, che evidenzia l'irrazionalità dell'esclusione di tali società, che pur erogano servizi pubblici, a fronte dell'inclusione degli enti pubblici non economici.

⁽²⁰⁾ Alcune riflessioni sull'interpretazione di questa espressione in A. FRIGNANI, *Il whistleblowing*, cit., p. 401 e in G. INVERNICI, *Il whistleblowing*, cit., p. 243.

⁽²¹⁾ G. MASSARI, *Il whistleblowing*, cit., p. 988. Secondo A. RUGANI, *I profili penali*, cit., p. 11, il requisito della buona fede soggettiva sarebbe comunque desumibile dall'«interesse dell'integrità della pubblica amministrazione» che deve sorreggere la segnalazione, nonché dal nono comma dell'art. 54-*bis* relativo al mancato riconoscimento delle tutele nei casi in cui sia «accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o diffamazione o comunque per reati commessi con la denuncia di cui al comma 1 ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave».

Ulteriori margini di ambiguità avvolgono l'ambito di applicazione oggettiva della disciplina, considerato che la l. n. 179/2017 è intitolata alla segnalazione di "reati o irregolarità", mentre all'art. 1 della medesima legge si fa riferimento alla segnalazione di "illeciti", e al primo comma del medesimo articolo si interviene sull'art. 54-*bis* riferendosi alla segnalazione di "condotte illecite" (22). Una tale ambiguità sembrerebbe consentire l'ampliamento dell'oggetto dalla sola corruzione ad una più diffusa *mala gestio*, alla luce della quale assumerebbe anche un senso più completo il legame teleologico tra la segnalazione e l'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione.

Quanto ai destinatari delle segnalazioni, infine, è stato espunto da essi il superiore gerarchico. Il lavoratore segnalante potrà, quindi, rivolgere la propria denuncia internamente al responsabile della corruzione dell'ente, ovvero esternamente all'ANAC, all'autorità giudiziaria ordinaria o a quella contabile.

È opportuno raffrontare la disciplina del *whistleblowing* nel settore pubblico, sin qui delineata, con i preesistenti artt. 361 e 362 c.p. al fine di valutarne profili di sovrapposizione e margini di autonomia (23).

Immediatamente evidente è il diverso grado di vincolatività delle due discipline: da una parte, l'art. 54-*bis* prevede una segnalazione meramente facoltativa; dall'altra, gli artt. 361 e 362 un obbligo di denuncia. Inoltre, sul piano dell'ambito soggettivo di applicazione, la nozione di pubblico dipendente di cui all'art. 54-*bis* è certamente più ampia di quella di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio, ancorché le due figure possano talvolta finire per sovrapporsi (24). Una linea di continuità tra le de-

(22) In soccorso dell'interprete giunge la Determina n. 6 del 2015 dell'ANAC, il cui punto 3 della Parte I è espressamente dedicato all'oggetto della segnalazione. Considerando che la tutela offerta al lavoratore è funzionale all'emersione non solo dei delitti di cui al Titolo II Capo I del codice penale ma anche, più in generale, dei fenomeni di *mala gestio*, bisognerebbe adottarsi una nozione ampia dell'oggetto della segnalazione. In tal senso, tra gli altri, da A. FRIGNANI, *Il whistleblowing in Italia*, cit., p. 402.

Nell'ampiezza dell'oggetto delle segnalazioni è, inoltre, rinvenibile un elemento differenziale dagli artt. 361 e 362 c.p. nei quali è previsto l'obbligo di denunciare soltanto reati e non anche mere irregolarità; v. *infra*.

(23) Per le riflessioni che seguono si rinvia a A. RUGANI, *I profili penali*, cit., pp. 7-9.

(24) Margini di autonomia della nozione di pubblico dipendente da quello di p.u. o i.p.s. sono certamente ravvisabili nelle seguenti ipotesi contemplate dall'art. 54-*bis*: *i*) lavoratori o collaboratori di imprese fornitrici o che realizzano opere in favore della p.a.; *ii*) dipendenti pubblici con funzioni meramente esecutive e dipendenti degli enti pubblici economici, in base alla funzione svolta. Al contrario, potranno ben essere p.u. o i.p.s. senza tuttavia rivestire la qualifica di dipendente pubblico *ex art. 54-*bis*: i*) dipendenti degli enti privati partecipati ma non controllati dalla P.A. *ex art. 2359 c.c.*; e *ii*) collabora-

nunce di cui agli artt. 361 e 362 c.p. e le segnalazioni *ex art. 54-bis* è ravvisabile nel limite della calunnia⁽²⁵⁾; elemento differenziale è, invece, il novero dei destinatari, considerato che destinatario naturale della denuncia è l'autorità giudiziaria mentre la segnalazione del *whistleblower* può essere rivolta, oltre che a essa, anche alla Corte dei Conti, all'ANAC e al Responsabile interno di prevenzione della corruzione.

Proseguendo nell'esame della novella del 2017, occorre analizzare l'innesto normativo realizzato sull'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001 che ha determinato l'introduzione *ex novo* dell'istituto del *whistleblowing* nel settore privato⁽²⁶⁾.

Con il neo-introdotta art. 2-*bis* si prevede l'integrazione dei modelli di organizzazione e di gestione (MOG) con specifiche misure volte a consentire e tutelare l'attività di segnalazione mediante la predisposizione di (uno o più) canali idonei e il divieto di atti di ritorsione o discriminatori nei confronti del segnalante. Tutele avverso le misure discriminatorie e i licenziamenti ritorsivi o discriminatori sono, inoltre, previste dai successivi commi 2-*ter* e 2-*quater*.

Per comprendere la effettiva portata di tali innovazioni, è opportuno raffrontare le neo-introdotta segnalazioni di cui al comma 2-*bis* dell'art. 6

tori e i consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o di incarico. Su queste perimetrazioni, ancora a A. RUGANI, *op. cit.*

(25) Peraltro, limite alla sola facoltà di segnalazione rilevante *ex art. 54-bis* è anche il delitto di diffamazione, la cui configurazione varrà a far venir meno la facoltà di segnalare. In breve, l'obbligo di denuncia *ex artt. 361 e 362 c.p.* cadrebbe soltanto innanzi al dolo intenzionale della calunnia mentre la facoltà di segnalare rilevante per la disciplina del *whistleblowing* troverebbe argine anche nel dolo eventuale che può sorreggere la diffamazione e finanche nella colpa grave nei casi di responsabilità civile. Per i rilievi che precedono, *funditus*, A. RUGANI, *op. cit.*, pp. 11-16. Lo stesso Autore esprime ulteriori perplessità sull'esclusione delle tutele del *whistleblowing* per i casi di accertamento — anche soltanto nel primo grado di giudizio, in ciò ravvisandosi i germi di un contrasto con la presunzione di non colpevolezza — della responsabilità del segnalante per calunnia, diffamazione, o della responsabilità civile per dolo o colpa grave. Più che sulla presunta violazione della presunzione di innocenza, l'Autore si interroga sul tema della certezza del diritto, ragionando sulla possibilità di una sopravvenuta applicazione delle tutele per i casi in cui i successivi gradi di giudizio ribaltino la decisione di primo grado da cui discendeva l'esclusione delle tutele.

(26) Bisogna tuttavia osservare che una forma di segnalazione tutta interna all'ente — indirizzata all'Organismo di Vigilanza — era stata prevista fin dall'originaria formulazione dell'art. 6. Una volta ricevuta la segnalazione, l'OdV era chiamato a inoltrare l'informazione internamente all'organo dirigente quale responsabile *ex art. 6, c. 1, lett. a)* e, in specifici casi (ad es., in materia di riciclaggio), anche esternamente alle autorità competenti.

con i preesistenti obblighi di informazione nei confronti dell'OdV di cui al comma 2, lett. *d*) del medesimo articolo.

Innanzitutto, giova sottolineare il diverso contenuto delle due segnalazioni: quelle di cui alla lett. *d*) sono funzionali all'espletamento delle funzioni proprie dell'OdV e attengono alle violazioni del MOG, mentre quelle di cui al comma 2-*bis* riguardano, oltre alle violazioni del MOG, le condotte illecite rilevanti ai sensi del decreto⁽²⁷⁾. Nel silenzio del legislatore, dovrà peraltro ritenersi che anche le segnalazioni di cui all'art. 2-*bis* saranno indirizzate all'OdV, i cui connotati di autonomia e indipendenza dovrebbero valere a garantire la buona gestione della segnalazione. Ancora, a mente della differente vincolatività (rispettivamente, facoltatività e obbligo) delle due segnalazioni, si potrà discutere se colui che non suoni il fischietto nei casi di cui al comma 2-*bis* possa essere destinatario di una sanzione disciplinare per inosservanza dell'obbligo di cui alla lettera *d*).

Quanto alle caratteristiche della segnalazione, è da notarsi come quelle attinenti alle condotte illecite vengano descritte dal legislatore come «*circostanziate [...] e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti*». Le medesime caratteristiche non vengono, invece, espressamente richiamate per le segnalazioni di violazioni del modello (né, tantomeno, per le segnalazioni disciplinate nel settore pubblico), così configurando — senza che ne sia intellegibile la *ratio* — un diverso *fumus* di fondatezza.

Tanto rilevato, occorre segnalare⁽²⁸⁾ come la collocazione sistematica svela l'intento di incrementare la *compliance* penale, nel solco della *partnership* pubblico-privata che vede l'ente sempre più impegnato nel controllo e nella gestione del rischio collegato alla propria attività d'impresa, in chiave marcatamente preventiva⁽²⁹⁾. In tal senso depone anche il comma 2-*bis* dell'art. 6, secondo cui le segnalazioni sono presentate «a tutela del-

⁽²⁷⁾ In sostanza, il più ristretto contenuto delle segnalazioni di cui alla lett. *d*) verrebbe interamente ricompreso all'interno dei comportamenti rilevati ai sensi del comma 2-*bis*, in cui sarebbero altresì ricompresi tutti quei reati presupposto la cui commissione non integri anche una violazione del modello. Nella limitazione della disciplina ai soli reati rilevanti ai sensi del d.lgs. 231/2001 sarebbe ravvisabile un ulteriore argomento a sostegno dell'inadeguatezza della *sedes materiae* individuata dal legislatore per l'introduzione dell'istituto nel settore privato.

⁽²⁸⁾ Sul punto, si rinvia a E. BASILE, *Il whistleblowing*, cit., p. 778; A. RUGANI, *I profili penali*, cit., pp. 17-21; M. VITALETTI, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del "whistleblower"*, in *Dir. relaz. ind.*, 2/XXIX, 2019, p. 492 e ss. Critico sulla portata innovativa della novella legislativa — all'epoca ancora nella forma di disegno di legge — anche S. FORTUNATO, *Corporate governance. Il whistleblowing nella prospettiva del sistema di controllo interno*, in *Riv. dott. comm.*, 3-2017, p. 400-402.

⁽²⁹⁾ M. VITALETTI, *Il lavoratore "segnalante"*, cit., pp. 495-496.

l'integrità dell'ente» e hanno ad oggetto «condotte illecite, rilevanti ai sensi del [...] decreto» o, ancora in chiave di *compliance*, «violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente», ancorché non integranti un illecito rilevante ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, così limitando l'ambito di applicazione oggettiva del *whistleblowing* nel settore privato.

Sebbene non possa che accogliersi positivamente l'introduzione dell'istituto nel settore privato, anche a valle del lodevole intento preventivo che lo caratterizza, non possono tacersi alcune considerazioni.

In primo luogo, criticabile appare la collocazione della disciplina, posta la non obbligatorietà dell'adozione del modello e la tassatività del catalogo dei reati presupposto del d.lgs. n. 231/2001. Per l'effetto, verrebbero ad essere provvisti di tutela soltanto i lavoratori degli «enti con una coscienza organizzativa superiore»⁽³⁰⁾.

Ulteriori perplessità suscita la limitazione dell'ambito di applicazione soggettiva della disciplina. Da una parte, l'articolo 2 della già menzionata l. 179/2017 è rubricato «Tutela del *dipendente o collaboratore* che segnala illeciti nel settore privato» e, dall'altra, l'art. 6, c. 2-*bis* del d.lgs. 231/2001, nel recepire l'istituto del *whistleblowing*, ne individua i destinatari nei soggetti di cui all'art. 5 comma 1, lett. *a*) e *b*) del medesimo decreto, ossia ai cd. soggetti «*apicali*» e «*sottoposti*», senza alcun riferimento all'inquadramento contrattuale degli stessi. Al fine di ampliare l'ambito di applicazione dell'istituto e l'effettività della tutela offerta al lavoratore segnalante, una lettura aperta del dettato normativo, in grado di abbracciare anche le collaborazioni etero-organizzate, potrebbe essere preferibile⁽³¹⁾.

Ancora, si osservi che i canali comunicativi relativi alle informazioni di cui alla lett. *d*) sono affidati alla discrezionalità organizzativa dell'ente, mentre sono legislativamente tipizzati i canali di cui al comma 2-*bis*, dovendo anche includere un canale informatico idoneo a garantire l'anonimato del *whistleblower*. In sostanza, la novella potrebbe finire per incidere ben poco sugli enti che avessero già predisposto i canali comunicativi *ex* lett. *d*), riducendosi per lo più in un ritocco cosmetico degli stessi per far fronte ai requisiti di cui al comma 2-*bis*.

Breve. Per quanto lodevole appaia l'introduzione del *whistleblowing* nel settore privato, deve rimarcarsi la scarsa innovatività dell'innesto normativo, in ragione della *sedes materiae* prescelta ove, peraltro, erano già previsti flussi di comunicazione all'OdV. La novella legislativa potrebbe così finire per ridursi, concretamente, a un lieve ampliamento dell'oggetto

⁽³⁰⁾ In questi termini, G. MASSARI, *Il whistleblowing*, cit., p. 990.

⁽³¹⁾ Per un'analisi della questione da un punto di vista giuslavoristico si rinvia a M. VITALETTI, *Il lavoratore "segnalante"*, cit., pp. 497-499.

delle segnalazioni e in un ritocco ai canali comunicativi già predisposti, al fine di allinearli alle caratteristiche tipizzate dal legislatore, e ciò a fronte di una prassi applicativa che già vedeva coniugare la predisposizione dei canali, il carattere preciso, tempestivo e circostanziato delle segnalazioni, la tutela dell'anonimato del segnalante e la tutela da eventuali comportamenti ritorsivi⁽³²⁾.

Peraltro, al di là dell'indagine sulla portata innovativa della disciplina del *whistleblowing* nel settore privato, il problema principale rimane quello dell'efficacia dell'istituto nel quadro della più generale questione dell'efficacia preventiva del sistema 231⁽³³⁾.

A ciò si aggiunga che il sistema disciplinare finisce spesso per assumere un ruolo più simbolico che reale a cui si accompagna il disorientamento del lavoratore nell'individuazione delle condotte da segnalare e nel riconoscimento del proprio ruolo di sentinella civica⁽³⁴⁾.

Da ultimo, può ragionarsi sui possibili riflessi del recepimento della disciplina del *whistleblowing* sul giudizio di idoneità del modello e sulla colpa d'organizzazione. La sostanziale adozione di una cultura della segnalazione non potrà che valutarsi positivamente in termini di idoneità del modello, fino a giungere all'estremo superiore dell'esclusione della colpa organizzativa per i casi in cui si sia effettivamente instaurata una cultura della legalità all'interno dell'ente e si siano implementati idonei MOG⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ Lucidamente sul punto M. SCOLETTA, *Il fischietto silente. Ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, in *Sist. pen.*, 1.02.2021, pp. 5-7, secondo cui la neo introdotta disciplina del *whistleblowing* nel settore privato era già nei fatti presente e consolidata nella prassi organizzativa degli enti virtuosi.

⁽³³⁾ Sul diverso sviluppo dei risvolti reattivi e preventivi del sistema 231 (ossia, la maturità raggiunta sul piano del ravvedimento *post delictum* a fronte dell'ancora lungo percorso verso l'efficacia preventiva), ancora M. SCOLETTA, *op. cit.*, p. 7, che ragiona concretamente sull'apporto in termini di prevenzione dei flussi informativi indirizzati all'OdV, considerando la funzione più estetica che effettiva dei sistemi di controllo interni.

⁽³⁴⁾ Ulteriore criticità potrebbe essere l'individuazione dell'OdV quale unico destinatario della segnalazione, considerando che l'Organismo viene sovente percepito nella cultura aziendale come un controllore esterno da allertare soltanto quando davvero necessario.

⁽³⁵⁾ Per queste considerazioni si rinvia a M. SCOLETTA, *op. cit.*, pp. 19-21, ove, ragionando intorno alla misura soggettiva della colpa dell'ente, si arriva a sostenere che «un ambiente organizzativo che risulti effettivamente orientato alla legalità potrà restituire un giudizio positivo di *due diligence* anche in presenza di un sistema procedurale imperfetto rispetto a standard cautelari non immediatamente adottabili, né facilmente riconoscibili».

Così, tornando al principio di questo scritto, può ribadirsi che la chiave di volta è la rivoluzione culturale: l'introduzione di un modello normativo non potrà, in sé, manifestare la massima efficacia qualora si innesti su un sostrato culturale impreparato ad accoglierlo. Oltre che sul profilo normativo della *compliance* è dunque necessario lavorare su quello etico.

4. La tutela del lavoratore segnalante.

La primaria fonte di tutela per il lavoratore segnante non può che essere rinvenuta nella segretezza garantita alla sua identità⁽³⁶⁾.

Tacendo una più ampia panoramica sui *vulnera* alla tutela della riservatezza⁽³⁷⁾, è da osservarsi che l'art. 54-*bis*, c. 3 T.U.P.I. espressamente contempera le dette esigenze di tutela con quelle di affidabilità della segnalazione e con il diritto di difesa del "segnalato", prevedendo che «nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal se-

⁽³⁶⁾ Una tale attenzione intorno alla tutela della segretezza discende dall'esclusione delle segnalazioni anonime dalla l. 179/2017, originariamente contemplate dal d.d.l Businarolo. Taluni Autori (tra tutti, A. RUGANI, *I profili penali*, cit., p. 12) sostengono la condivisibile opinione secondo cui si sarebbero potute dotare di rilevanza, perlomeno, le segnalazioni anonime dirette all'ANAC o al Responsabile interno di prevenzione della corruzione, da cui ben potrebbero originare proficue *internal investigation*.

⁽³⁷⁾ In questa sede, al di là dei profili penalistici, si rammentino, almeno, quelli relativi al procedimento disciplinare, ove l'anonimato è garantito soltanto nei casi in cui il procedimento sia fondato su accertamenti ulteriori alla segnalazione. Al contrario, la segretezza circa l'identità vien meno con il consenso del segnalante, pena l'inutilizzabilità della segnalazione, nei casi in cui la contestazione sia fondata, anche soltanto in parte, sulla segnalazione o, comunque, la conoscenza dell'identità del segnalante sia funzionale al pieno esercizio del diritto di difesa. Tale cedevolezza si sostituisce a quella prevista nel vigore della precedente disciplina, secondo cui la segretezza avrebbe ceduto il passo in ogni caso innanzi alle esigenze difensive.

Più in generale, sulla tutela del lavoratore segnalante sul piano giuslavoristico, si rinvia a G. INVERNICI, *Il whistleblowing*, cit., pp. 244-245 ove è offerta una prima panoramica sugli atti di ritorsione (misure discriminatorie o ritorsive, fino al licenziamento) eventualmente subiti dal *whistleblower*. Ai sensi del d.lgs. 231/2001, i lavoratori segnalanti godono di una stringente tutela che comprende il «divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, alla segnalazione» (art. 6, c. 2-*bis*, lett. *c*). Tali tutele sono completate dalla previsione, nel sistema disciplinare, di sanzioni per chi le viola (art. 6, c. 2-*bis*, lett. *d*), dalla possibilità per il segnalante e per la propria organizzazione sindacale di denunciare le misure discriminatorie all'Ispettorato nazionale del lavoro (art. 6 c. 2-*ter*) e, infine, dalla nullità del licenziamento ritorsivo o discriminatorio del segnalante, nonché del mutamento delle mansioni rilevante ex art. 2103 c.c. e di qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria (art. 6, c. 2-*quater*). Sul punto, M. VITALETTI, *Il lavoratore "segnalante"*, cit., pp. 502-509 e G. INVERNICI, *op. cit.*, pp. 245-247.

greto nei modi e nei limiti previsti dall'articolo 329 del codice di procedura penale».

È di immediata evidenza la parzialità della tutela offerta, dato che proprio il richiamo all'art. 329 del codice di rito pone come limite superiore alla tutela la chiusura delle indagini preliminari. Da una parte, bisogna osservare che la segretezza avrebbe avvolto i procedimenti penali contemplanti segnalazioni dei *whistleblowers* anche in assenza del richiamo all'art. 329 c.p.p., dall'altra, proprio il riferimento all'art. 329 c.p.p. elimina qualsiasi margine di dubbio circa l'inclusione dell'identità del segnalante tra i contenuti della *discovery*.

Ulteriore forma di tutela per il segnalante — volta a escludere l'integrazione dei reati di rivelazione e utilizzazione del segreto d'ufficio *ex art. 326 c.p.*, di rivelazione del segreto professionale *ex art. 622 c.p.* e di rivelazione dei segreti scientifici e industriali *ex art. 623 c.p.* — è offerta dall'art. 3 della l. n. 179/2017, secondo cui la segnalazione del *whistleblower* costituirebbe giusta causa di rivelazione del segreto.

Il legislatore avrebbe così operato un bilanciamento tra l'interesse alla segnalazione e quello al rispetto del segreto d'ufficio, aziendale, professionale, scientifico e industriale⁽³⁸⁾, subordinando la prevalenza dell'interesse alla segnalazione al rispetto delle forme e dei limiti previsti per il *whistleblowing* nel settore pubblico e in quello privato. L'esenzione non opera, infatti, nei casi in cui la segnalazione sia avvenuta con modalità eccedenti le finalità di eliminazione dell'illecito⁽³⁹⁾ o al di fuori degli appositi canali (art. 3, c. 3, l. n. 179/2019), oltre che nei casi di informazioni conosciute nell'ambito dell'attività di consulenza professionale o di assistenza con l'ente, l'impresa o la persona fisica interessata (art. 3, c. 2, l. n. 179/2019)⁽⁴⁰⁾. Obiettivo ultimo di tale bilanciamento è tenere ben distinto il *whistleblowing* dal *leaking*.

Una riflessione è da condursi circa la natura della causa di non punibilità in esame.

⁽³⁸⁾ Sul "conflitto tra doveri" si invia a A. RUGANI, *I profili penali*, cit., pp. 1-2. Per una ricostruzione del rapporto tra la segnalazione e l'obbligo di fedeltà del lavoratore, in chiave giuslavoristica, A. BOSCATI, *Il whistleblowing tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del lavoratore*, in A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione*, cit., pp. 358-384; nonché, sotto la vigenza della precedente disciplina, G. AMATO, *Profili penalistici*, cit., pp. 576-580.

⁽³⁹⁾ Ambiguo può apparire il riferimento alle modalità eccedenti, nel quale dovrebbe comunque ravvisarsi un ulteriore richiamo all'esclusione dei *malicious report* dalle tutele.

⁽⁴⁰⁾ Si tratterebbe di soggetti estranei all'organizzazione lavorativa e, conseguentemente, alla logica propria del *whistleblowing* interno.

Ad una prima lettura, confortata anche dai lavori preparatori⁽⁴¹⁾, il bilanciamento tra segnalazione e segretezza sembrerebbe far propendere per la natura di scriminante. Tuttavia, alcuni Autori rinvergono nella condotta del *whistleblower* che segnali in buona fede una causa di esclusione del fatto tipico; per esemplificare, la segnalazione non potrebbe mai configurare una messa in pericolo del bene giuridico protetto dalla fattispecie di cui all'art. 326 c.p., *i.e.* il buon andamento della P.A., ponendosi piuttosto proprio a sostegno del corretto operato della P.A. stessa⁽⁴²⁾.

5. L'apporto del *whistleblower* e gli incentivi al *whistleblowing*.

L'apporto del *whistleblower* si mostra di fondamentale importanza nel contrasto alla criminalità⁽⁴³⁾.

In un sistema quale quello italiano, improntato all'obbligatorio esercizio dell'azione penale, la propensione alla denuncia, in particolare rispetto alla c.d. criminalità dei colletti bianchi, si innesta — al netto di soggettive valutazioni in termini di eticità — sulla emblematica qualificazione di detti reati quali fattispecie “a vittima muta”, «nel senso che chi dovrebbe “tutelare” il buon andamento e l'imparzialità della P.A., segnalando e denunciando gli illeciti di cui è testimone, preferisce il perseguimento del vantag-

⁽⁴¹⁾ Camera dei Deputati, Dossier n. 305/3-Elementi per l'esame in assemblea, in *www.camera.it*, ove «la giusta causa della rivelazione sembra sostanzialmente operare come una causa di giustificazione».

⁽⁴²⁾ Tale tesi è sostenuta da A. RUGANI, *I profili penali del whistleblowing*, cit., pp. 13-14, secondo cui il ragionamento condotto può essere replicato rispetto alle altre fattispecie rilevanti. Ad es., la fattispecie di cui all'art. 622 c.p. fa espresso riferimento alla rivelazione senza giusta causa: una rivelazione che integri i requisiti del *whistleblowing* non potrebbe dunque valere a configurare il reato, poiché proprio l'art. 3 della l. 179/2017 designa la segnalazione del *whistleblower* quale giusta causa di rivelazione. Analogamente potrà argomentarsi intorno all'art. 623 c.p. che prevede la rivelazione del segreto a proprio o altrui profitto, laddove la segnalazione del *whistleblower* deve avvenire nell'interesse dell'integrità dell'ente e della prevenzione (contrariamente, si avrebbe un *malicious report*). Nello stesso senso, A.F. MASIERO, *La disciplina*, cit., pp. 18-20. Per una completa riflessione circa la natura giuridica della figura disegnata dal legislatore all'art. 3 in esame, si veda, inoltre, A. GULLO, *L'interesse pubblico come giusta causa della rivelazione nei delitti in materia di segreto*, in A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione*, cit., pp. 274-284.

⁽⁴³⁾ Ancor più rispetto a quei fenomeni endemicamente sommersi quale, ad es., quello corruttivo. Complici le caratteristiche del fenomeno, la pervasività dello stesso e la diffusa ritrosia alla denuncia — intrecciata alla sfiducia verso l'autorità giudiziaria — la delittuosità corruttiva prospera in un contesto ostile all'emersione e all'accertamento. Si veda F. COPPOLA, *Il whistleblowing*, cit., p. 476.

gio ingiusto [...], piuttosto che improbabili battaglie “etiche” in difesa dei valori pubblici, ritenute forse missioni donchisciottesche»⁽⁴⁴⁾.

Conducendo una più ampia riflessione sulle fonti di emersione della criminalità⁽⁴⁵⁾, si consideri che, come è ovvio, l'autore del reato raramente concorrerà all'emersione dell'illecito⁽⁴⁶⁾, anche in considerazione della tendenza a reiterare il medesimo comportamento illecito (serialità). Non va inoltre trascurata la diffusività del comportamento stesso rispetto agli altri soggetti che assistono alla sua consumazione, dapprima non infedeli ma propensi ad apprendere e conformarsi, in un clima di “normalizzazione dell'abuso”⁽⁴⁷⁾. Neppure le persone offese dai comportamenti economicamente infedeli saranno immediatamente funzionali all'emersione dell'illecito, dato il ritardo temporale con cui ne viene solitamente percepito il disvalore. Più efficace fonte di emersione dell'illecito sono, invece, le autorità dedicate al controllo, ossia l'autorità giudiziaria e le eventuali *Authorities*.

Di fronte a questo quadro, è evidente come un ruolo chiave nell'emersione degli illeciti potrà assumere il soggetto che ha assistito alla consumazione, solo quando, però, tale soggetto è in una certa misura un «outsider rispetto ai vertici aziendali e solo in quel modo può sviluppare le caratteristiche di “controllore” rispetto al comportamento dell'“autore”»⁽⁴⁸⁾. Con ciò può comprendersi quello che, nella letteratura statunitense, è stato defi-

(44) In questi chiarissimi termini, F. COPPOLA, *op. cit.*, p. 476. In argomento anche M.A. BARTOLUCCI, *Per chi suona il fischiotto?*, cit., p. 146.

(45) Ancora, M.A. BARTOLUCCI, *op. cit.*, pp. 146-148.

(46) Cfr. F. MUCCIARELLI, *Il whistleblowing e il contrasto dei reati contro la Pubblica Amministrazione. Note minime fra teoria e prassi*, in A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione*, cit, p. 215, che individua i tre principali fattori di ostacolo al *whistleblowing* ne «a) il timore di subire conseguenze negative; b) la preoccupazione di recare danno agli interessi dell'ente di appartenenza; c) gli effetti derivanti dalla diffusa sottovalutazione del disvalore dei comportamenti devianti».

(47) Per una più completa riflessione sui modelli di normalizzazione delle condotte abusive — che si ricorda passare per la razionalizzazione, quindi la socializzazione e infine l'istituzionalizzazione degli abusi stessi — si rinvia a M. SCOLETTA, *Il fischiotto silente*, cit., p. 13 e 14.

(48) Prendo in prestito le parole di M.A. BARTOLUCCI, *Per chi suona il fischiotto?*, cit., p. 148, a cui si rinvia per l'interessantissima analisi sociologica, psicologica ed economica condotta intorno alla figura del *whistleblower*.

Critico rispetto ai risultati degli studi criminologici che concludono con l'incoronamento del *whistleblower* appare M. SCOLETTA, *op. cit.*, p. 8, che raffronta la correttezza teorica del ragionamento criminologico con una realtà empirica che registra una certa penuria di segnalazioni. Secondo l'Autore, la scarsa efficacia dello strumento in termini di *compliance* aziendale sarebbe spiegabile con la cd. “sindrome dello spettatore”, così assimilando il lavoratore che percepisce l'illecito senza soffiare il fischiotto a quello del passante che assiste casualmente alla commissione di un reato senza intervenire.

nito come il “paradosso del *whistleblowing*”: maggiore è il prestigio del ruolo rivestito dal lavoratore all'interno della società e minore la sua propensione alla segnalazione, in un rapporto di inversa proporzionalità.

Una spinta alla segnalazione, nel quadro del rovesciamento culturale di cui si è già detto, è da rinvenirsi nella predisposizione di idonei incentivi al *whistleblower*.

Dal quadro normativo fin qui analizzato emerge chiaramente l'assenza di qualsivoglia incentivo inteso quale premio o ricompensa per la segnalazione, onde prevenire qualsiasi possibile mercificazione della collaborazione del lavoratore⁽⁴⁹⁾. In ciò è ravvisabile una vistosa differenza rispetto all'ordinamento statunitense⁽⁵⁰⁾.

La concessione dei benefici andrebbe ponderata non soltanto con le cennate considerazioni empiriche circa la moralità dei lavoratori, ma anche con l'effettiva tutela offerta agli stessi: a valle di una scricchiolante (nella pratica, ancorché fortemente proclamata) tutela dell'anonimato, un sistema premiale potrebbe infatti offrire nuovo slancio all'attività di segnalazione⁽⁵¹⁾. Inoltre, secondo alcuni studi riconducibili nell'alveo della teoria del comportamento organizzativo prosociale⁽⁵²⁾, tra i fattori che varrebbero a indurre il lavoratore a suonare il fischietto rientrerebbero, oltre ai tratti caratteristici della persona e della personalità del lavoratore stesso, le caratteristiche dell'illecito di cui si è avuta conoscenza e il contesto lavorativo-organizzativo in cui il lavoratore è inserito.

⁽⁴⁹⁾ A. FRIGNANI, *Il whistleblowing in Italia*, cit., p. 403. Sull'opportunità di introdurre nel sistema italiano una qualche forma di premialità, A. DELLA BELLA, *Il whistleblowing*, cit., pp. 182-183; inoltre, per una più ampia riflessione in tema di costi e benefici dell'istituto, si rinvia a S. ZORZETTO, *Costi e benefici del whistleblowing: questioni di policy e premiali*, in A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione*, cit., pp. 457-490.

⁽⁵⁰⁾ Ove la promessa della ricompensa è volta a compensare l'assenza di scopi puramente ideali della segnalazione, difficilmente ravvisabili in capo al segnalante. A titolo esemplificativo, si consideri che già nel 1934 il *Security Exchange Act* prevedeva per il *whistleblower* un premio compreso tra il 10 e il 30% «*of what has been collected of the monetary sanctions imposed in the action or related action*».

⁽⁵¹⁾ In argomento, si rinvia ancora a M.A. BARTOLUCCI, *Per chi suona il fischietto?*, cit., pp. 148-149 che analizza il profilo economico del *whistleblowing*. Principiando dall'analisi economica dei giochi competitivi non cooperativi, e tenendo a mente l'equilibrio di Nash — secondo cui il singolo giocatore può alterare l'equilibrio e ottenere un risultato migliore soltanto se tutti o alcuni degli altri giocatori si allontanano a loro volta dall'equilibrio — l'Autore giunge a sostenere che «il *whistleblower* deve avere un interesse immediato nella segnalazione, altrimenti sarà economicamente portato a non soffiare nel fischietto».

⁽⁵²⁾ Ancora a M. SCOLETTA, *Il fischietto silente*, cit., pp. 8-13.

Analizzando il dato in un più ampio contesto sistematico, è da notarsi tuttavia come l'assenza di incentivi morali o economici non sia una caratteristica esclusiva della legislazione italiana⁽⁵³⁾; sul piano sovranazionale, la scelta trova conferma *ex post* anche nell'assenza di alcuna previsione in tal senso nella Direttiva UE n. 1937/2019 sul *whistleblowing*.

6. Quale responsabilità per il *whistleblower*?

Come si è a più riprese osservato, la disciplina del *whistleblowing* muove nella direzione della corresponsabilizzazione del privato nella prevenzione dell'illecito.

In conclusione dell'analisi fin qui condotta, occorre, quindi, chiedersi se al ruolo di cui è investito il lavoratore si accompagni un ampliamento della sfera di responsabilità penale dello stesso, ravvisandosi i presupposti di nuove posizioni di garanzia⁽⁵⁴⁾.

In realtà, alla ricostruzione di una forma di responsabilità omissiva impropria osta, in primo luogo, l'assenza di qualsivoglia potere d'impedimento in capo al lavoratore, il quale è investito della mera facoltà di segnalare gli illeciti di cui abbia conoscenza: il lavoratore è corresponsabilizzato nella prevenzione/impedimento, ma pur sempre in una prospettiva etica e non giuridica⁽⁵⁵⁾. Quand'anche si volesse ampliare la nozione di potere impeditivo, riconducendolo ad un potere mediato che ricomprenda anche la semplice possibilità di sollecitare interventi necessari a evitare il verificarsi dell'evento dannoso⁽⁵⁶⁾, nel senso dell'esclusione della creazione di una nuova posizione di garanzia deporrebbe comunque l'assenza di un obbligo giuridico di impedire l'evento — elemento centrale dell'art. 40 c.p.v. — trattandosi soltanto di

⁽⁵³⁾ In base al Rapporto OCSE del 2014, soltanto 13 dei 32 Stati analizzati hanno adottato disposizioni specificamente volte alla tutela del *whistleblower* e, di questi, soltanto il 30% ha inoltre previsto un sistema premiale per il segnalante. Per una prima analisi di tali dati, F. COPPOLA, *Il whistleblowing*, cit., p. 478.

⁽⁵⁴⁾ Sul punto, A. RUGANI, *I profili penali*, cit., pp. 21-23; A.F. MASIERO, *La disciplina*, cit., pp. 20 e 21; G. AMATO, *Profili penalistici*, cit., pp. 574-576 e 596-606, ove, sotto la vigenza della previgente disciplina, si conducono alcune riflessioni anche sulla possibilità di ritenere configurata, in caso di omessa segnalazione, la fattispecie di abuso d'ufficio.

⁽⁵⁵⁾ Nel senso di escludere l'esistenza di un obbligo di acquisizione attiva di informazioni e *a fortiori* la possibilità di condurre improprie indagini interne, Cass., V., 21 maggio 2018, n. 35792, *Rep. Foro it.*, Violazione di domicilio, 7040, n. 14, secondo cui la disciplina del *whistleblowing* «si limita a scongiurare conseguenze sfavorevoli, limitatamente al rapporto di impiego, per il segnalante che acquisisca, nel contesto lavorativo, notizia di un'attività illecita, senza fondare alcun obbligo di attiva acquisizione di informazioni, autorizzando improprie attività investigative, in violazione dei limiti posti dalla legge».

⁽⁵⁶⁾ Critico, A. RUGANI, *I profili penali*, cit., pp. 21-23.

una facoltà di segnalare. A ciò si aggiungano le difficoltà probatorie — che potrebbero essere aggirate con il ricorso a pericolose presunzioni — che si accompagnerebbero all'accertamento di un nesso causale tra la mancata segnalazione ad opera del *whistleblower* e la verifica dell'evento che tale segnalazione avrebbe potuto condurre a scongiurare.

Pertanto, potrà concludersi che la disciplina del *whistleblowing* rimane — con evidenti conseguenze negative sul piano dell'efficacia — nell'ambito della facoltatività della segnalazione, senza che alcuna nuova posizione di garanzia sia ravvisabile in capo ai lavoratori eletti ad essere sì sentinelle civiche, ma pur sempre su base del tutto volontaria. Ancora una volta, quindi, non potrà che ribadirsi la necessità di una rivoluzione culturale, prima che giuridica, perché il trapianto normativo dia i suoi frutti.

7. L'impatto della Direttiva UE n. 1937/2019 sulla disciplina nazionale.

A valle della ricostruzione della disciplina nazionale in materia di *whistleblowing* è possibile analizzare l'impatto su di essa della Direttiva UE n. 1937/2019⁽⁵⁷⁾.

In primo luogo occorre evidenziare che la Direttiva non contempla alcuna differenza tra settore pubblico e privato e delinea una platea di destinatari estremamente ampia (art. 4). Inoltre, la Direttiva prevede un ulteriore — e non meglio definito — “canale pubblico” di segnalazione, da aggiungersi ai canali interni ed esterni⁽⁵⁸⁾. Il recepimento della disciplina relativa ai canali di segnalazione sembra destinato a incidere fortemente sulla normativa interna attinente al settore privato, conducendo all'emancipazione dal sistema 231 su cui detta normativa è attualmente innestata (v. *supra* par. 3).

Quanto all'oggetto della segnalazione, il riferimento alle violazioni del diritto dell'Unione non è espressamente connotato dal requisito del perseguimento dell'interesse pubblico; quest'ultimo, tuttavia, è richiamato nei considerando, così da divenire requisito implicito (in linea con il nostrano interesse all'integrità della P.A. e dell'ente).

⁽⁵⁷⁾ Per un puntuale raffronto tra la vigente disciplina nazionale e quella di cui alla Direttiva, nonché per una previsione sulla fisionomia che la disciplina nazionale assumerà a valle del recepimento della Direttiva stessa, si rinvia a A. DELLA BELLA, *Il whistleblowing*, cit., p. 162 e ss.

⁽⁵⁸⁾ Sulla “divulgazione pubblica”, anche a confronto con i canali di segnalazione interni ed esterni, ancora A. DELLA BELLA, *La direttiva*, cit., pp. 5 e 6.

Sul piano delle tutele⁽⁵⁹⁾, quelle europee paiono porsi in linea di continuità con quelle di cui alla disciplina nazionale, mancando peraltro, in ambo le sedi, specifiche disposizioni per le segnalazioni anonime (ferma la possibilità degli Stati di prevederle nel recepimento). Inoltre, anche in sede europea il limite della segretezza circa l'identità del segnalante coincide con la chiusura delle indagini preliminari. Uno sforzo nel recepimento sarà, invece, imposto dal coordinamento con la disciplina del trattamento dei dati personali, a cui è oggi assente alcun riferimento sul piano nazionale⁽⁶⁰⁾.

Particolare attenzione, data la causa di non punibilità di cui all'art. 3 l. n. 179/2017 (*infra* parr. 3 e 4), dovrà essere prestata anche nel recepimento dell'art. 21, par. 2, della Direttiva, che prevede una forma di esenzione per il *whistleblower*⁽⁶¹⁾ racchiusa nella formula «non sono considerati responsabili di aver violato eventuali restrizioni alla divulgazione di informazioni né incorrono in alcun tipo di responsabilità». Ad una prima lettura, parrebbe che la clausola valga ad escludere *tout court* anche l'eventuale responsabilità penale derivante dalla segnalazione, tranne che per i casi in cui lo stesso accesso alle informazioni abbia configurato un illecito penale. Tale interpretazione è tuttavia da temperare con il considerando 28 che prevede un esonero *limitato* della responsabilità. Inoltre, il perimetro dell'art. 21, par. 7 è più ampio di quello dell'art. 3 della l. n. 179/2017, in quanto operante anche rispetto alle ipotesi di diffamazione e di violazione del diritto d'autore.

In breve, ad una prima analisi sembra potersi affermare che la qualità delle tutele offerte dalla disciplina nazionale risponda già, per lo più, allo *standard* richiesto dalla Direttiva. Uno sforzo nel recepimento sarà imposto, invece, sul piano dell'ampliamento del novero dei destinatari, soprattutto rispetto al settore privato, ove si dovrebbe finalmente assistere all'emancipazione della disciplina dal d.lgs. n. 231/2001 e al superamento delle differenze rispetto al settore pubblico.

⁽⁵⁹⁾ Tenendo a mente che la segnalazione è riconducibile alla libertà di espressione e, in quanto tale, la Direttiva verrebbe a costituire attuazione dei principi di cui agli artt. 10 Cedu e 11 Carta dei diritti. In questo senso A. DELLA BELLA, *op. cit.*, p. 2.

⁽⁶⁰⁾ Per una panoramica sul punto si rinvia a A. IANNINI, *Whistleblowing e tutela dei dati personali*, in A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione*, cit., pp. 595-598.

⁽⁶¹⁾ Limitatamente all'attività di segnalazione, mentre la raccolta delle informazioni continuerà ad essere disciplinata dal diritto nazionale (art. 21, par. 3), su cui si rinvia al pat. 4.

Bibliografia

- ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 101-105.
- AMATO G., *Profili penalistici del whistleblowing: una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4-2014, pp. 549-607.
- BARTOLUCCI M.A., *Per chi suona il fischietto? Qualche nota sul c.d. paradosso del whistleblowing tra «autore» e «osservatore» in ambito “231”*, in *Giur. pen.*, 1-*bis*, 2021, pp. 143-153.
- BASILE E., *Il whistleblowing: una svolta “istituzionale” negli USA, nuove misure nell’ordinamento italiano e recenti iniziative eurounitarie*, in *Riv. soc.*, 2-3, 2018, pp. 776-779.
- BOSCATI A., *Il whistleblowing tra diritto di critica e obbligo di fedeltà del lavoratore*, in DELLA BELLA A., ZORZETTO S., *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità. Atti del convegno annuale del dipartimento di scienze giuridiche “Cesare Beccaria”, Milano, 18-19 Novembre 2019*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 358-384.
- COPPOLA F., *Il whistleblowing: la “scommessa etica” dell’anticorruzione*, in *Dir. pen. proc.*, 4-2018, pp. 475-485.
- DELLA BELLA A., *Il whistleblowing nell’ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in DELLA BELLA A., ZORZETTO S., *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità. Atti del convegno annuale del dipartimento di scienze giuridiche “Cesare Beccaria”, Milano, 18-19 Novembre 2019*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 158-183.
- DELLA BELLA A., *La direttiva europea sul whistleblowing: come cambia la tutela per chi segnala illeciti nel contesto lavorativo*, in *Sist. pen.*, 6.12.2019.
- DELLA BELLA A., ZORZETTO S., *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità. Atti del convegno annuale del dipartimento di scienze giuridiche “Cesare Beccaria”, Milano, 18-19 Novembre 2019*, Giuffrè, Milano, 2020.
- FERRARO F., *L’etica del whistleblowing tra impresa privata e pubblica amministrazione*, in A. DELLA BELLA, S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità. Atti del convegno annuale del dipartimento di scienze giuridiche “Cesare Beccaria”, Milano, 18-19 Novembre 2019*, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 427-443;
- FLICK G.M., *Governance e prevenzione della corruzione*, in *Cass. pen.*, 9-2015, pp. 2980-2990.
- FORTUNATO S., *Corporate governance. Il whistleblowing nella prospettiva del sistema di controllo interno*, in *Riv. dott. comm.*, 3-2017, pp. 397-405.
- FRASCHINI G., PARISI N., RINOLDI D., *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno Editore, Acireale-Roma, 2011, pp. 9-258.
- FRIGNANI A., *Il whistleblowing in Italia: la nuova legge dimentica la concorrenza (e non solo)*, in *Giur. comm.*, 3-2019, pp. 393-413.
- GANDINI F., *Il whistleblowing negli strumenti internazionali in materia di corruzione*, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI, *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno Editore, Acireale-Roma, 2011, pp. 85-94.
- GULLO A., *L’interesse pubblico come giusta causa della rivelazione nei delitti in materia di segreto*, in DELLA BELLA A., ZORZETTO S., *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità. Atti del convegno annuale del dipartimento di scienze giuri-*

- diche “Cesare Beccaria”, Milano, 18-19 Novembre 2019, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 265-284.*
- IANNINI A., *Whistleblowing e tutela dei dati personali*, in DELLA BELLA A., S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità. Atti del convegno annuale del dipartimento di scienze giuridiche “Cesare Beccaria”, Milano, 18-19 Novembre 2019, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 595-598.*
- INVERNICI G., *Il whistleblowing. Commento agli artt. 5-6-7 - profili societari*, in CASTRONUOVO D., DE SIMONE G., GINEVRA E., LIONZO A., NEGRI D., VARRASO G., a cura di, *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 228-250.
- MASIERO A.F., *La disciplina del whistleblowing alla luce della direttiva 2019/1937/UE. Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, in *Arch. pen. web*, 8.06.2020, pp. 1-30.
- MASSARI G., *Il whistleblowing all’italiana: l’evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, in *Stud. jur.*, 9-2018, pp. 981-992.
- MUCCIARELLI F., *Il whistleblowing e il contrasto dei reati contro la Pubblica Amministrazione. Note minime fra teoria e prassi*, in DELLA BELLA A., S. ZORZETTO, *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità. Atti del convegno annuale del dipartimento di scienze giuridiche “Cesare Beccaria”, Milano, 18-19 Novembre 2019, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 211-225.*
- PARISI N., *Il whistleblowing: vincoli internazionali, adattamento interno, attitudine culturale*, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI, *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno Editore, Acireale-Roma, 2011, pp. 95-116.
- PARISI N., *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in DELLA BELLA A., ZORZETTO S., *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità. Atti del convegno annuale del dipartimento di scienze giuridiche “Cesare Beccaria”, Milano, 18-19 Novembre 2019, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 3-40.*
- PEZZUTO A., *Il whistleblowing: un rimedio efficace contro la corruzione?*, in *Il Resp.*, 2-2016, pp. 93-124.
- RUGANI A., *I profili penali del whistleblowing alla luce della l. 30 novembre 2017 n. 179*, in *Leg. pen.*, 3.06.2018, pp. 1-23.
- SCOLETTA M., *Il fischietto silente. Ineffettività del whistleblowing e responsabilità da reato della corporation: appunti e spunti per un approccio empirico alla colpa di organizzazione*, in *Sist. pen.*, 1.02.2021.
- VITALETTI M., *Il lavoratore “segnalante” nell’impresa privata. Il perimetro della tutela del whistleblower*, in *Dir. relaz. ind.*, 2/XXIX, 2019, pp. 492-512.
- ZORZETTO S., *Costi e benefici del whistleblowing: questioni di policy e premiali*, in DELLA BELLA A., ZORZETTO S., *Whistleblowing e prevenzione dell’illegalità. Atti del convegno annuale del dipartimento di scienze giuridiche “Cesare Beccaria”, Milano, 18-19 Novembre 2019, Giuffrè, Milano, 2020, pp. 457-490.*

Sezione II
REATI FISCALI

FLAVIO DI BONITO

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI PER REATI TRIBUTARI: NUOVE IPOTESI DI *BIS IN IDEM*

SOMMARIO: 1. La cooperazione pubblico-privato nell'evoluzione sinusoidale del diritto penale tributario. — 2. Il diritto penale cooperativo prima e dopo la riforma del “carcere agli evasori”. — 3. Il *bis in idem* quale disincentivo alla cooperazione. — 4. Da un diritto penale cooperativo a un diritto penale “a premialità dimidiata”.

1. La cooperazione pubblico-privato nell'evoluzione sinusoidale del diritto penale tributario.

Negli ultimi anni, i meccanismi di cooperazione pubblico-privato hanno assunto grande rilievo nella costante ricerca verso la perfetta gestione del rischio aziendale.

In linea con l'obiettivo di questo studio, volto ad analizzare le ipotesi più significative di cooperazione pubblico-privato, occorre volgere lo sguardo anche all'ambito tributario, la cui cifra distintiva consta proprio in una forte componente cooperativa⁽¹⁾.

Prima di spostarci in campo propriamente penalistico⁽²⁾, è opportuno accennare alle recenti tendenze cooperative che hanno coinvolto la disciplina *stricto sensu* tributaria.

Dall'idea antica di un “Fisco amico”⁽³⁾ generano gli ultimi interventi normativi tributari, tutti accompagnati da espressioni via via più evocative

⁽¹⁾ È l'idea dello Stato «infaticabile “cooperatore” delle economie individuali», v. G. FALSITTA, *La fiscalità italiana tra rispetto delle garanzie costituzionali e giustizialismo fiscale*, in *Corr. trib.*, 24-2007, p. 1932.

⁽²⁾ Sul diritto penale tributario, per tutti, A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, 2^a ed., CEDAM, Padova, 2017.

⁽³⁾ La ricerca del volto “amichevole” del Fisco la si ritrova già in uno scritto del 1930 di W. BENJAMIN, *Kleiner Briefwechsel mit der Steuerbehörde (Breve scambio epistolare con il fisco)*, trad. it. di E. Dell'Anna Ciancia, in *Piccoli quaderni di prosa e di invenzione*, Henry Beyle, Milano, 2013. Che si tratti di un'idea antica, lo rileva anche A. GIOVANNINI, *Il nuovo ravvedimento operoso: il “Fisco amico” e il “condono permanente”*, in il

(“pace fiscale”, “adempimento collaborativo”, etc.)⁽⁴⁾, che rispondono alla strategia comunicativa della stagione riformistica in corso e trovano terreno fertile nell’opinione pubblica⁽⁵⁾, attratta da argomenti particolarmente sensibili per la coscienza collettiva, quali l’evasione fiscale⁽⁶⁾. Da questa volontà riconciliativa sono scaturite riforme ispirate alla creazione di un dialogo costruttivo tra privato e Amministrazione Finanziaria.

È noto che gli effetti più percepibili siano stati prodotti nell’alveo della c.d. *cooperative compliance*, con l’introduzione ad opera del D.Lgs. n. 128 del 2015⁽⁷⁾ del *regime di adempimento collaborativo* (c.d. *tax control framework*), innovativo strumento che consente all’azienda di comunicare con l’Agenzia delle Entrate per perfezionare i modelli di gestione del rischio fiscale. Un regime cooperativo che si iscrive, dunque, in una dimensione *dialogica* di cooperazione tra pubblico e privato, fondata sulla virtuosa interazione tra Fisco e impresa-contribuente.

Sul versante penalistico, nello stesso anno, con la revisione del sistema penale tributario (D.Lgs. n. 158 del 2015)⁽⁸⁾ veniva consegnata all’interprete l’idea di una disciplina matura e fortemente ancorata al “diritto penale riscossivo”⁽⁹⁾, incardinato sui binari della premialità e su incentivi alla cooperazione del reo in luogo di risposte sanzionatorie ipertrofiche.

fisco, 4-2015, p. 315, che sottolinea l’ideologia distorta del “Fisco amico”, intenzionato a prendere “il giusto” e anche “il di più” dal contribuente.

(4) Sul rapporto Stato-contribuente, G. FALSITTA, *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 161, che recupera l’evocativa immagine della nave di L.V. BERLIRI, *La giusta imposta. Appunti per un sistema giuridico della pubblica contribuzione. Lineamenti di riforma organica della finanza ordinaria*, Giuffrè, Milano, 1975, secondo cui la nave diviene metafora dello Stato, che, per affrontare le spese e le perdite nel corso della navigazione, necessita delle “contribuzioni” dei proprietari delle merci trasportate.

(5) A ravvisare «un’idea populista» A. GIOVANNINI, *Il nuovo*, cit., p. 315, che si chiede quale sia il vero volto del “Fisco amico”.

(6) R. LUPI, *La «diceria dell’evasore» tra improvvisazioni e schizofrenie sociali*, in *Dialoghi tributari*, 4-2010, p. 353, che descrive con colore la posizione dell’evasore-untore nell’attuale “macelleria sociale”.

(7) Per tutti, P. MONTALENTI, *Prevenzione dei reati tributari (c.d. Cooperative Compliance), Modello 231, sistemi di controllo e governance societaria: profili generali e ipotesi di riforma*, in *Il nuovo diritto delle società*, 9-2017, p. 963 ss.

(8) G. FLORA, *La “tela di Penelope” della legislazione penale tributaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, 476 ss.; A. INGRASSIA, *Ragione fiscale vs “illecito penale personale”. Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. 158/2015*, Santarcangelo di Romagna, 2016; A. PERINI, *La riforma dei reati tributari*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 14; P. SEVERINO, *La riforma dei reati tributari: un’occasione perduta?*, in *Arch. pen.*, 3-2016, p. 635.

(9) L’espressione si deve a A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., p. 324 ss.

L'innalzamento delle soglie di punibilità — già oggetto di rimaneggiamento *in peius* nel 2011 — e l'estensione della causa di non punibilità (*ex art. 13, co. 2, D.Lgs. n. 74 del 2000*) anche alle fattispecie di infedele ed omessa dichiarazione sono due esempi che dimostrano la maturità di quella riforma; sicché, ad una concezione di cooperazione declinata in senso dialogico — in cui il rapporto Fisco-contribuente assume i caratteri di un “dialogo virtuoso” — si giustappone una concezione di cooperazione riscossivo-premiale, strutturata sulla base di incentivi e disincentivi, in cui lo spazio di manovra del privato è confinato all'adesione ad uno degli istituti premiali.

Con la L. 19 dicembre 2019 n. 157 (di conversione del D.L. 124 del 2019, c.d. Decreto Fiscale)⁽¹⁰⁾ si acuisce la distanza tra queste due diverse prospettive di cooperazione. La riforma del 2015, bilanciata in un discreto equilibrio tra sanzione e strumenti premiali, viene sostituita da una riforma dal chiaro intento punitivo; si assiste ad una delle tante inversioni di tendenza nel comparto dei reati fiscali. È noto, infatti, che il diritto penal-tributario, vessato da continue riforme, abbia assunto negli anni un andamento sinusoidale, caratterizzato da momenti di ragionevolezza e picchi di giustizialismo, di cui la riforma del 2019 rappresenta sicuramente il punto più elevato⁽¹¹⁾.

Icasticamente accompagnata dallo *slogan* “carcere agli evasori”, quest'ultima si pone in continuità con la precedente e nota riforma delle “manette agli evasori” (L. 7 agosto 1982, n. 516), connotata anch'essa da profonde criticità⁽¹²⁾. Tuttavia, mentre l'utilizzo del termine “manette” nel 1982 aveva un intento puramente intimidatorio, oggi può dirsi che la scelta lessicale (“carcere”) sia in linea con le finalità di una riforma a “penalizzazione totale”⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Su legge e decreto si vedano R. BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.*, 3-2020, p. 228.; A.M. DELL'OSSO, *Corsi e ricorsi nel diritto penal-tributario: spunti (critici) sul c.d. decreto fiscale*, 3-2020, p. 318 ss.; G. FLORA, *Dalla “spazza corrotti” alla “spazza evasori”*. *Brevi note critiche sulle recenti innovazioni legislative in materia di reati tributari*, in *Rass. trib.*, 1-2020, p. 252; A. INGRASSIA, *Il bastone (di cartapesta) e la carota (avvelenata): iniezioni di irrazionalità nel sistema penale tributario*, in *Dir. pen. proc.*, 3-2020, p. 307 ss.; P. SEVERINO, *L'inserimento dei reati tributari nel d.lgs. 231/2001 tra osservazioni de iure condito e prospettive de iure condendo*, in *Sist. pen.*, 7-2020, p. 125 ss.; P. VENEZIANI, *Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario*, in *Cass. pen.*, 9-2020, p. 3086.

⁽¹¹⁾ Soltanto con la l. n. 4 del 1929 si può iniziare a discorrere di diritto penale tributario. Su quest'ultima, C.F. GROSSO, *Sanzioni penali e sanzioni non penali nell'illecito fiscale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4-1978, p. 1173 ss. Più di recente, una puntuale sintesi in F. CINGARI, *Introduzione. L'evoluzione del sistema penale tributario e i principi costituzionali*, in R. BRICHETTI, P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, cit., p. 7 ed in A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., p. 39 ss.

⁽¹²⁾ Per tutti, v. A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., p. 41 ss.

⁽¹³⁾ F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, il Mulino, Bologna, 2019.

Slittamento verso l'alto delle cornici edittali, contrazione delle soglie di punibilità, confisca allargata e corresponsabilizzazione dell'ente costituiscono i principali snodi di una riforma acriticamente appiattita sulle istanze sovranazionali promananti dalla Direttiva P.I.F. (Direttiva 2017/1371/UE) ⁽¹⁴⁾.

Questi interventi di carattere emergenziale, dotati di una forte componente comunicativa e che riconoscono nel diritto penale uno strumento "a costo zero" con cui attrarre consensi ⁽¹⁵⁾, obbligano l'interprete ad interrogarsi circa i mutamenti del diritto penal-tributario e del suo precedente assetto cooperativo-premiale. In particolare, occorre soffermarsi sull'introduzione dei reati tributari nel novero dei reati-presupposto *ex d.lgs. n. 231 del 2001*, che genera una duplicazione dei circuiti punitivi e produce forti disincentivi alla cooperazione, anche in ragione dei noti limiti agli istituti premiali.

Sgombrando il campo dai possibili problemi di compatibilità derivanti dalla sovrapposizione dei diversi strumenti di *compliance* che l'impresa dovrà adottare ⁽¹⁶⁾, l'analisi prenderà le mosse dal piano politico-criminale che ha caratterizzato i reati tributari (par. 2). S'imporrà un vaglio della duplicazione dei binari punitivi, forte disincentivo alla cooperazione derivante dall'ingresso "in massa" di queste fattispecie nel "catalogo 231". La duplice risposta sanzionatoria potrebbe condurre al totale svilimento della componente cooperativa del diritto penal-tributario (par. 3) e l'unica strada ancora percorribile per recuperare quel *deficit* di cooperazione creato dalla riforma del 2019 potrebbe essere individuata negli strumenti premiali, che tuttavia si dimostreranno in parte ineffettivi.

Nella prospettiva di un bilancio complessivo, ne uscirà un diritto penal-tributario profondamente mutato sul terreno della cooperazione pubblico-privato (par. 4).

⁽¹⁴⁾ Una prima lettura in E. BASILE, *Brevi note sulla nuova Direttiva PIF*, in *DPC-RT*, 12-2017, p. 63 ss.; F.C. LA VATTIATA, *La nuova direttiva PIF. Riflessioni in tema di responsabilità da reato degli enti giuridici, gruppi societari e reati tributari*, in *Giurisprudenza Penale*, 9-2019, p. 2 ss.

⁽¹⁵⁾ La riforma è esempio di populismo penale anche per A.M. DELL'OSSO, *Corsi e ricorsi*, cit., p. 318. Sul populismo penale, tra la sconfinata e altissima letteratura, per tutti, G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss.; D. PULITANO, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 123 ss.

⁽¹⁶⁾ Sulla duplicazione degli strumenti di compliance conseguenti alla riforma, v. P.M. SABELLA, *Tax cooperative compliance, reati tributari e responsabilità dell'ente. Prove di cooperazione fra pubblico e privato nella gestione del rischio fiscale*, in questo volume, p. 137 e ss.

2. Il diritto penale cooperativo prima e dopo la riforma del “carcere agli evasori”.

In prima analisi, per saggiare il mutamento delle finalità del comparto penal-tributario, è necessario ricostruire i diversi sistemi normativi che si intrecciano nella tutela degli interessi fiscali. Il diritto penale tributario, infatti, soffre interferenze da parte di due sistemi contigui: il sistema tributario ed il “sistema 231”.

Lasciando per un momento da parte l’impatto della riforma, va rilevato che tutti questi sistemi si distinguono per una finalità principale diversa da quella strettamente punitiva.

Sul punto, occorre operare una distinzione. Con riguardo al sistema tributario (penale ed amministrativo), lo scopo primario consiste nell’esigenza di reintegrazione del danno erariale mediante contro-azioni compensative da parte del privato, in perfetta armonia con la *ratio* riscossivo-ripri-stinatoria del comparto. Parallelamente, la responsabilità ex Decreto 231 si muove verso una prospettiva preventiva e premiale⁽¹⁷⁾, “promettendo” l’esenzione dalla responsabilità all’esito dell’adozione di un programma di prevenzione del reato *idoneo*⁽¹⁸⁾.

L’equilibrio di queste finalità viene bruscamente alterato dalla riforma del 2019 e, in particolare, proprio dall’ingresso dei reati tributari nel Decreto 231.

In un sistema duale⁽¹⁹⁾ come quello della responsabilità degli enti, vanno tracciate le peculiarità del nuovo art. 25-*quinquiesdecies* rispetto alla disciplina dettata per le persone fisiche.

Senza selezionare i singoli illeciti secondo i criteri di *gravità* individuati dalla Direttiva P.I.F., il legislatore ha proceduto allo “sversamento” di tutte le fattispecie tra i reati-presupposto, sottoponendo la responsabilità della per-

⁽¹⁷⁾ Cfr. S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1-2-2017, p. 108, che discetta di “meccanismo premiale”; v. anche V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3-2011, pp. 70-71, che definisce l’impostazione del D.Lgs. n. 231 del 2001 come «un originale paradigma di tipo “punitivo-premiante”»; Cfr., ancora, C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 4-2019, p. 533, che ritiene il «sistema guidato dal *τελοϛ* della prevenzione».

⁽¹⁸⁾ Diffusamente, S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva*, cit., 49 ss.; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., p. 69 ss.; M. COLACURCI, *L’idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *DPC-RT*, 2-2016, p. 66 ss.

⁽¹⁹⁾ Sul vicendevole condizionamento tra sfera individuale e sfera collettiva, v. V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018.

sona giuridica a quella che potremmo definire una “condizione di transnazionalità”, secondo cui l’illecito dell’ente rileva soltanto quando i reati sono stati « commessi nell’ambito di sistemi fraudolenti transfrontalieri e al fine di evadere l’imposta sul valore aggiunto per un importo complessivo non inferiore a dieci milioni di euro » (art. 25-*quinquiesdecies*, co. 1-*bis*).

Al netto della riproposizione acritica degli *input* sovranazionali, l’estensione dell’eterno cantiere della responsabilità degli enti, già da tempo percepibile, segna la fine del dibattito decennale tra coloro che militavano contro⁽²⁰⁾ e coloro che militavano a favore⁽²¹⁾ della predetta introduzione. L’estensione era prevedibile a causa di alcune forme di interazione tra reati tributari e responsabilità degli enti già sperimentate in passato⁽²²⁾. È il caso dell’ingresso indiretto di questi illeciti nel giudizio di responsabilità dell’ente per il tramite di alcuni reati (già inclusi nel “catalogo 231”) strutturalmente dipendenti dalla realizzazione di reati-presupposto o finalizzati alla commissione di altri reati⁽²³⁾. Ciò è avvenuto con alcune contestazioni per reati di associazione per delinquere, finalizzata alla commissione di reati tributari, o di riciclaggio⁽²⁴⁾ basato su illeciti fiscali⁽²⁵⁾; contestazioni,

⁽²⁰⁾ I. CARACCIOLI, *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1-2007, p. 155; S. CAVALLINI, A. INGRASSIA, *Brevi riflessioni sulla relazione tra il d.lgs. 231/2001 e i reati tributari: poenae non sunt multiplicanda sine necessitate*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2-2016, p. 109 ss., in cui gli Autori ipotizzano, già ante riforma, un potenziamento degli strumenti di *compliance* esistenti ed una sostituzione dell’illecito tributario dipendente da reato con la responsabilità amministrativa ex D.Lgs. n. 231 del 2001.

⁽²¹⁾ *Ex multis*, R. ALAGNA, *I reati tributari ed il regime della responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1 febbraio 2012, p. 397; P. ALDROVANDI, *Profili evolutivi dell’illecito tributario*, CEDAM, Padova, 2005, p. 230; con qualche riserva, anche P. SORBELLO, *Evasione fiscale e politica criminale: considerazioni sull’inopportunità sistematica della mancata corresponsabilizzazione degli enti nei reati tributari*, in *Indice pen.*, 1-2011, p. 210 ss.

⁽²²⁾ Con la L. 24 novembre 2003, n. 326 (art. 7), l’impresa diviene centro d’imputazione diretta delle sanzioni amministrative tributarie. Su enti e sanzioni tributarie, G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, ETS, Pisa, 2012, p. 271 ss.

⁽²³⁾ D. PIVA, *Il doppio livello di legalità della responsabilità dell’ente: contestazioni indirette e parallele tra veri problemi e false soluzioni*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1-2019, p. 189 ss. Diffusamente, sul tema del « reato come elemento di altro reato », G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato: analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Giappichelli, Torino, 2013.

⁽²⁴⁾ Ulteriori aperture con l’introduzione dell’autoriciclaggio all’art. 25-*octies*. Sul punto, A. GULLO, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2018.

⁽²⁵⁾ A questo riguardo, va ricordato che, proprio al dichiarato scopo di sopperire alla mancanza di una responsabilità da Decreto 231, la confisca del *quantum* corrispondente all’imposta evasa, e rimasta nella disponibilità della persona giuridica, era stata già ritenuta applicabile mediante la creazione di un “ibrido” ad opera delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., Gubert, 30 gennaio 2014, n. 10561). Sulle scelte ossimoriche operate

quindi, strumentali al coinvolgimento dei reati tributari nel giudizio *ex D.Lgs. n. 231 del 2001*. Come prevedibile, in presenza del possibile rischio di contestazioni indirette, le aziende avevano già iniziato a predisporre modelli volti a prevenire la commissione di reati fiscali ⁽²⁶⁾.

Con ogni evidenza, il recepimento della direttiva costituisce così soltanto l'ultimo passo dell'evoluzione delle relazioni tra illecito tributario e illecito amministrativo *ex delicto* dell'ente. Un settore senza pace, oggetto di continui rimaneggiamenti, oggi nuovamente destinato alla ricerca di una nuova identità.

3. Il *bis in idem* quale disincentivo alla cooperazione.

Dall'intreccio dei sistemi illustrati, originano forti disincentivi alla cooperazione del privato che richiedono il vaglio dell'interprete.

Come noto, molte integrazioni del "catalogo 231" con nuove tipologie di reati — i cui fatti sono già oggetto, per loro natura, di illeciti appartenenti ad altre branche dell'ordinamento — è destinata a produrre vicende duplicative della punibilità.

Potrebbe apparire distonico interrogarsi sulle nuove ipotesi di *bis in idem* derivanti da quest'integrazione ⁽²⁷⁾. Tuttavia, è verosimile che la duplicazione dei circuiti punitivi e la possibile risposta sanzionatoria ipertrofica possano ingenerare nell'ente un senso di profonda sfiducia nel Fisco, alterando la conformazione cooperativo-premiale del diritto penale tributario.

In queste ipotesi, consci del rischio di effetti nefasti sul terreno delle garanzie costituzionali, la lunga elaborazione giurisprudenziale in tema di *ne bis in idem* è giunta all'ideazione del criterio univoco della «*sufficiently close connection in substance and time*» ⁽²⁸⁾. Nato in seno alla Corte EDU,

dalla Suprema Corte, *ex multis*, F. MUCCIARELLI, C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.*, 20.04.2015, 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. ec.*, 2-2014, p. 401 ss.

⁽²⁶⁾ G.L. GATTA, *I profili di responsabilità penale nell'esercizio della corporate tax governance*, in G. MARINO (a cura di), *Corporate Tax Governance. Il rischio fiscale nei modelli di gestione d'impresa*, Egea, Milano, 2018, 123 ss.

⁽²⁷⁾ Sul problema dell'*idem factum* tra reati tributari e illecito dell'ente, A.F. TRIPODI, *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione metaindividuale dei doppi binari sanzionatori*, in *DPC-RT*, 4-2020, p. 119 ss.

⁽²⁸⁾ È il noto passo della decisione Corte Edu, Grande Camera, 15 novembre 2016, A. e B. c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11.

esso legittima una sanzione a composizione “bifronte”, che assomma in sé la risposta sanzionatoria amministrativa e penale.

Il criterio elaborato a Strasburgo ha da subito influenzato la disciplina interna in tema di *market abuse*⁽²⁹⁾, settore classicamente interessato da problematiche di doppio binario. Quasi a voler cristallizzare il paradigma ideato dalla Corte Edu, il D.Lgs. n. 107 del 2018 ha innovato l’art. 187 *terdecies* T.U.F., prevedendo che l’Autorità Giudiziaria investita per prima della decisione sull’*idem factum*⁽³⁰⁾ debba “tenere conto” delle misure punitive già irrogate nel procedimento precedente, così positivizzando gli insegnamenti della giurisprudenza sovranazionale. Prende così forma, nell’ordinamento interno, lo *standard* di proporzionalità europeo della sanzione, proiettato verso «un unico sistema sanzionatorio “integrato”»⁽³¹⁾, da adottare all’esito di un giudizio trifasico su tre diversi piani di valutazione. Sul piano teleologico, la verifica delle finalità sarà diretta a invalidare procedimenti con scopi *cumulativi* e a convalidare quelli orientati ad una costruttiva *integrazione* tra gli stessi. Sul piano processuale, i due giudizi dovranno tendere a minimizzare gli oneri derivanti dalla doppia procedura⁽³²⁾. Infine, sul piano della valutazione sulla proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva, le due sanzioni devono rispettivamente coprire gli elementi delle fattispecie di propria competenza⁽³³⁾.

(29) S. MANACORDA, *Equazioni complesse: il “ne bis in idem” “incipite” sul “doppio binario” per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 4-2017, p. 515; F. MUCCIARELLI, *Tutela dei mercati finanziari e cumulo sanzionatorio*, in M. DONINI-L. FOFFANI (a cura di), *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 275 ss.; A.F. TRIPODI, *Corte europea dei diritti dell’uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta?*, in *Le Società*, 1-2018, p. 80; M. SCOLETTA, *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Le Società*, 5-2019, p. 533; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *DPC-RT*, 1-2016, p. 186; N.M. MAIELLO, *Alla ricerca dell’identità perduta: la Cassazione ribadisce la natura ‘relativa’ del ne bis in idem*, in *Giur. comm.*, 6-2019, p. 1318 ss.

(30) Sull’incertezza definitoria dello “stesso fatto” tra giurisprudenza interna e sovranazionale, v. Corte Edu, Grande Camera, Sergey Zolotukhin c. Russia, dec. n. 14939/03, 10 febbraio 2009; Corte Edu, Grande Stevens e altri c. Italia, ric. n. 18640/10, 4 marzo 2014. Nell’ordinamento interno, su tutte le pronunce, Corte cost., sent. n. 200 del 2016, con nota di D. PULITANÒ, “Ne bis in idem”. *Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. proc.*, 12-2016, p. 1588 ss.

(31) Cass., V, 15 aprile 2019 (dep. 30 settembre 2019), n. 39999, con nota di A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e insider trading*, in *Giur. it.*, 4-2020, p. 934 ss.

(32) Per una chiara fotografia delle problematiche inerenti alla c.d. sanzione integrata, A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e insider trading*, cit., p. 934 ss, pp. 938-939.

(33) Questi indici, derivanti dalla sent. Garlsson (CGUE, Grande Sezione, Garlsson Real Estate e A. C-537/16), si applicano sia che «l’adozione delle sanzioni amministrative

Con la decisione di integrare il “catalogo 231” con i reati tributari, era lecito aspettarsi una norma che replicasse il meccanismo previsto dall’art. 187-*terdecies* T.U.F., soprattutto in virtù della marcata cifra cooperativo-premiale che ha caratterizzato il settore tributario.

Non sono ben note le ragioni per cui il legislatore del 2019 non abbia esteso questo innovativo meccanismo al comparto penal-tributario, anch’esso classicamente avvinto da problematiche di *bis in idem*⁽³⁴⁾. Non può aver costituito un limite il *criterio di specialità*, contemplato dagli artt. 19 e 21 D.Lgs. n. 74 del 2000, secondo cui non risultano applicabili le sanzioni amministrative fino a quando il procedimento penale non sia giunto ad archiviazione o a sentenza irrevocabile⁽³⁵⁾. La non operatività di questo doppio binario alternativo nei confronti delle società si evince dal secondo comma dell’art. 21, secondo cui la sospensione della sanzione amministrativa opera soltanto con riferimento ai soggetti diversi da quelli previsti dall’art. 11, co. 1, D.Lgs. n. 472 del 1997, tra cui figurano le *persone giuridiche*, nel cui interesse siano stati commessi illeciti tributari.

Per comprendere realmente il sacrificio della componente cooperativa che deriva da questa scelta di doppio binario, è utile passare in rassegna le caratteristiche del sistema sanzionatorio amministrativo-tributario.

Si è in presenza di sanzioni strutturate in misura percentuale rispetto all’imposta evasa, sullo schema della *sovrattassa*, con variazioni che vanno dal 120% al 240% del risparmio fiscale. Sanzioni così concepite, anche negli ordinamenti di altri Paesi, non sono andate esenti da un approfondito vaglio della giurisprudenza sovranazionale, alla luce dei cc.dd. *Engel criteria*.

preceda la comminatoria di quelle penali che nel caso inverso». Si esprime in questi termini Cass., Sez. tributaria, 9 luglio 2018 (dep. 30 ottobre 2018), n. 27564, p. 46, par. 20, con nota di N.M. MAIELLO, *Alla ricerca*, cit., p. 1331/II. Sulle criticità della prevalenza del circuito penale, v. S. MANACORDA, *Equazioni*, cit., p. 518.

⁽³⁴⁾ Tra tutte le pronunce, v. Corte Edu, Grande Camera, 23 novembre 2006, Jusila c. Finlandia, ric. n. 73053/01; Corte Edu, Grande Camera, A. e B. c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11, 15 novembre 2016; CGUE, quarta sezione, Orsi e Baldetti (C-217/15 e C-350/15), 5 aprile 2017; Corte Edu, prima sezione, Jóhannesson e a. c. Islanda, ric. n. 22007/11, 18 maggio 2017. Sul tema del doppio binario tributario, tra i tanti, F. MAZZACUVA, *I rapporti con il sistema sanzionatorio amministrativo e fra procedimenti*, in R. BRICHETTI, P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, cit., p. 581 ss.; A.F. TRIPODI, *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2-2018, p. 530 e ss.; ID., *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione “sfronda” il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *DPC-RT*, 3-2018, p. 2070.

⁽³⁵⁾ La conseguenza è un doppio binario di tipo *alternativo* e non *cumulativo*, che consentirebbe l’applicazione di una delle due sanzioni.

A partire dalla fondamentale *Jussila contro Finlandia*⁽³⁶⁾, la Corte Edu ha più volte dichiarato la natura sostanzialmente penale delle forme di sovrattassa tributaria⁽³⁷⁾, giacché si richiede al contribuente un *quid pluris*, dai contorni deterrenti e retributivi, rispetto al puro e semplice pagamento dell'imposta dovuta. Anche la CGUE, nella sua più autorevole composizione⁽³⁸⁾, ha condizionato la legittimità del doppio binario sanzionatorio alla natura non penale della sanzione amministrativa, rimettendone al giudice interno la valutazione della riconducibilità alla *matière pénale* sulla base dei *criteri Engel*⁽³⁹⁾.

Questa quota di afflittività contenuta nelle sanzioni amministrative percentuali rappresenta probabilmente il precipitato applicativo del c.d. «particolarismo tributario»⁽⁴⁰⁾, che è causa di un diritto penal-tributario ancora gregario del diritto tributario⁽⁴¹⁾ e mai affrancatosi da una funzione ancillare rispetto alla “ragione fiscale”⁽⁴²⁾.

⁽³⁶⁾ Corte Edu, Grande Camera, 23 novembre 2006, *Jussila c. Finlandia*, ric. n. 73053/01.

⁽³⁷⁾ Si pensi alla natura penale dell'esiguo importo di 1.700 euro comminato al ricorrente nel caso *Nykänen c. Finlandia* (Corte Edu, IV Sez., 20 maggio 2014), con nota di M. DOVA, *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 05 maggio 2014.

⁽³⁸⁾ È il paradigmatico caso *Åklagaren contro Hans Åkerberg Fransson* (CGUE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, Causa C-617/10), su cui si rinvia alle riflessioni di S. MANACORDA, *Dalla carta dei diritti a un diritto penale 'à la carte'?*, in *DPC-RT.*, 3/2013, pp. 242 ss.; 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*, in *DPC-RT.*, 3-2013, p. 294 ss.; Sull'ordinanza di rinvio, F. VIGANÒ, *A never ending story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 17.10.2016.

⁽³⁹⁾ Sugli effetti del riconoscimento della natura sostanzialmente penale si vedano i lavori contenuti in V. MANES, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011.

⁽⁴⁰⁾ È l'espressione con cui si fa riferimento alla straordinaria autonomia del diritto tributario sugli altri rami dell'ordinamento, sulla base della «ragione fiscale» ex art. 53 Cost. Cfr. A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., p. 2.

⁽⁴¹⁾ Cfr. A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, cit., pp. 2 e 3, ritengono che «il “diritto penale tributario” costituisce un settore del “diritto penale”, e non del “diritto tributario”», con la conseguenza che qualsivoglia intervento debba essere sempre parametrato sullo statuto penalistico delle garanzie costituzionali.

⁽⁴²⁾ Neanche la Corte costituzionale è riuscita a superare l'insensibilità della legislazione tributaria alle garanzie costituzionali. Sul punto, G. FALSITTA, *Lotta ad oltranza alla piaga dell'evasione ma senza moratoria delle garanzie costituzionali*, in *Corr. giur.*, 1-2007, p. 10 ss.

In un sistema sanzionatorio tributario così strutturato, l'ente potrebbe trovarsi a rispondere per il fatto illecito della persona fisica sia sul versante tributario, in ragione della titolarità del rapporto fiscale e dell'interesse al risparmio d'imposta, sia su quello penalistico, per la sua responsabilità "par ricochet". In concreto poi, è stato anche rilevato che la società potrà essere tenuta al pagamento del medesimo debito tributario per ben due volte: prima attraverso la confisca, poi per effetto della pena pecuniaria⁽⁴³⁾. Il complessivo trattamento sanzionatorio irrogabile sembra dunque affetto da una *sproporzione intrinseca*⁽⁴⁴⁾ simile a quella che ha portato la Corte costituzionale, con la sentenza n. 112 del 2019, a dichiarare l'illegittimità della confisca *punitiva* (del prodotto) prevista dall'art. 187-*sexies* D.Lgs. n. 58 del 1998⁽⁴⁵⁾.

In un quadro normativo tanto lacunoso, è verosimile che la gran parte delle soluzioni interpretative rischia di condurre al sacrificio della legalità sull'altare della giurisprudenza suppletiva⁽⁴⁶⁾. Ciò malgrado, prima di uscire dall'*impasse* legislativo⁽⁴⁷⁾, la decisione sulla risposta sanzionatoria *proporzionata* non potrà che essere demandata, in prima istanza, all'apprezzamento "diffuso" del giudice di merito.

È innegabile che un simile contesto si presti all'applicazione diretta degli artt. 49, par. 3, 50 e 52 CDFUE⁽⁴⁸⁾. In ossequio alle coordinate ermeneutiche delineate dalla giurisprudenza sovranazionale⁽⁴⁹⁾, la forza delle

⁽⁴³⁾ R. BARTOLI, *Responsabilità*, cit., p. 228.

⁽⁴⁴⁾ R. BARTOLI, *op. cit.*, p. 228.

⁽⁴⁵⁾ E. AMATI, *Confisca "amministrativa" negli abusi di mercato limitata al solo profitto e persistenti criticità della confisca penale*, in *Giur. comm.*, 6-2019, p. 1279; V. MONGILLO, *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale. Il banco di prova degli abusi di mercato*, in *Giur. cost.*, 6-2019, p. 3343.

⁽⁴⁶⁾ Tra l'amplessima lettura, G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, ES, Napoli, 2008; V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, ES, Napoli, 2020; V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 6-2018, 2222 ss.; T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, ES, Napoli, 2014.

⁽⁴⁷⁾ Molteplici gli inviti della Corte costituzionale in tal senso. Tra le altre, Corte cost., sent. n. 43 del 2018, con nota di A. GALLUCCIO, "Ne bis in idem" e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice "a quo" perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia, in *DPC-RT*, 3-2018, p. 286.

⁽⁴⁸⁾ Già prima della sent. Cass., V, 30 settembre 2019, n. 39999 - dep. 15 aprile 2019, Rv. 276963-04, sulla diretta applicazione della Carta, v. S. MANACORDA, *Dalla carta*, cit., p. 255; F. VIGANÒ, *Doppio binario sanzionatorio e ne bis idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta?*, in *DPC-RT*, 3-4-2019, p. 219 ss.

⁽⁴⁹⁾ Si richiamano le principali tappe delle Corti sovranazionali, Corte Edu, Grande Camera, Sergey Zolotukhin c. Russia, dec. n. 14939/03, 10 febbraio 2009; CGUE, Grande Sezione, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson (C-617/10), 26 febbraio 2013;

Carte consente al giudice l'applicazione della sanzione penale al di sotto del minimo legale e potrebbe, finanche, consentire allo stesso una disapplicazione della sanzione penale medesima, preso atto del peso di due procedimenti non avvinti da *connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*.

I rischi di una siffatta impostazione non sono di poco conto, giacché ben potrebbero verificarsi “immissioni intolleranti” della giurisprudenza, soprattutto di merito, nel fondo della discrezionalità legislativa. Lasciando da parte il caso dell'applicazione della sanzione al di sotto del minimo editale, una disapplicazione *tranchant* della sanzione penale, se da un canto consentirebbe di abbattere il cumulo sanzionatorio, dall'altro condurrebbe inevitabilmente alla neutralizzazione delle scelte legislative di doppio binario sanzionatorio. Ciononostante, considerata la stagione riformistica in corso, non sembra ad oggi percorribile l'alternativa legislativa, se non guidata da una puntuale e dettagliata ordinanza della Corte costituzionale simile a quella adottata in tema di fine vita⁽⁵⁰⁾.

Di contro, sembrerebbe più percorribile rintracciare “rime obbligate”⁽⁵¹⁾ all'interno dell'art. 187-*terdecies* T.U.F. nella parte in cui non è applicabile alla responsabilità degli enti⁽⁵²⁾. Creata dal calco della «*sufficiently close connection in substance and time*», la norma rappresenta ad oggi l'unica concreta positivizzazione dei canoni ermeneutici emersi dall'elaborazione giurisprudenziale in tema di doppio binario sanzionatorio e, in quanto tale, unico parametro recuperabile all'esito di un giudizio di proporzionalità *intrinseco* alla complessiva risposta sanzionatoria⁽⁵³⁾. In assenza di un simile raccordo normativo, che possa consentire una *reductio*

Corte Edu, Grande Stevens e altri c. Italia, ric. n. 18640/10, 4 marzo 2014; Corte Edu, Grande Camera, A. e B. c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11, 15 novembre 2016; CGUE, quarta sezione, Orsi e Baldetti (C- 217/15 e C-350/15), 5 Aprile 2017; Corte Edu, prima sezione, Jóhannesson e a. c. Islanda, ric. n. 22007/11, 18 maggio 2017; CGUE, Grande Sezione, Ricucci (C-537/16), Menci (C-524/15), Garlsson Real Estate E A. (C-537/16), Di Puma e Zecca (C-596/16 e C-597/16), 20 marzo 2018; Corte Edu, seconda sezione, Bjarni Armannsson c. Islanda, ric. n. 72098/14, 16 aprile 2019. Sull'allineamento tra le due Corti sovranazionali, v. F. CONSULICH, *Il prisma del “ne bis in idem” nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 7-2018, p. 949 ss.

⁽⁵⁰⁾ Corte cost., ord. 24 ottobre 2018 (dep. 16 novembre 2018), n. 207, Pres. Latanzi, Red. Modugno, con nota di C. CUPELLI, *Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte*, in *Cass. pen.*, 2-2019, p. 533 e di F. PALAZZO, *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Pol. dir.*, 1-2020, p. 3.

⁽⁵¹⁾ *Ex multis*, V. MANES, V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁽⁵²⁾ R. BARTOLI, *Responsabilità*, cit., p. 220.; P. VENEZIANI, *Problemi*, cit., p. 3104.

⁽⁵³⁾ V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 6-2016, 2092 ss.

ad unum dei due procedimenti, questa operazione di “ortopedia giuridica” sembra essere la sola in grado di recuperare quel *minimum* di legalità altrimenti persa nel ruolo solipsistico della giurisprudenza di merito.

4. Da un diritto penale cooperativo a un diritto penale “a premialità dimidiata”.

Come si è visto, l’approccio assunto con le scelte di doppio binario muove in direzione contraria rispetto alla recente tendenza cooperativo-premiale impressa con le riforme precedenti al 2019.

Sebbene il “sistema 231” sia animato da una prospettiva premiale, sotto questo profilo vi è sempre stata una marcata differenza tra dimensione umana e dimensione societaria. Limitandoci alla disciplina penal-tributaria, infatti, per la persona fisica sono previsti due forti incentivi alla cooperazione, finalizzati al recupero del gettito fiscale. Il singolo può evitare nei propri confronti l’operatività della confisca sull’equivalente dell’imposta evasa attraverso l’impegno al pagamento del debito tributario, ai sensi dell’art. 12-*bis* D.Lgs. n. 74 del 2000. Parallelamente, l’art. 13 prevede una causa di non punibilità che si concretizza nel momento in cui la persona fisica provi l’effettivo pagamento del debito.

Queste due ipotesi di “induzione” alla cooperazione non sono state trasposte nel Decreto 231, molto probabilmente a causa dell’art. 8, co. 1, lett. *b*), secondo cui «la responsabilità dell’ente sussiste anche quando il reato si estingue per una causa diversa dall’amnistia». Ancora una volta, la riforma poteva rappresentare una buona occasione per iniziare a “creare una breccia” nel “muro” costituito dall’art. 8, prima di un suo più compiuto ripensamento⁽⁵⁴⁾.

Con ogni probabilità, in un contesto così congegnato, quand’anche l’ente intendesse adempiere al pagamento del debito tributario, sembra comunque destinato ad andare incontro alla sanzione della pena pecuniaria, senz’altro ridotta in virtù delle condotte riparatorie *ex* artt. 11, 12 e

⁽⁵⁴⁾ R. BARTOLI, *Responsabilità*, cit., p. 220 e P. VENEZIANI, *Problemi*, cit., p. 3104, suggeriscono una pronuncia costituzionale additiva nella parte in cui l’art. 13 D.Lgs. n. 74 del 2000 non si applica anche alla responsabilità degli enti o un intervento normativo nell’art. 25*quinqüiesdecies*, con l’introduzione di un’eccezione alla regola generale prevista dall’art. 8, co. 1, lett. *b*), D.Lgs. n. 231 del 2001. Cfr. anche F. GIUNTA, *L’ente non punibile. Prendendo spunto dall’evasione fiscale riparata*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4-2020, p. 20, che, partendo da un’interpretazione letterale della disposizione, conclude realisticamente per un’operatività dell’art. 8 nei soli confronti delle cause di estinzione del reato previste dalla parte generale del codice penale.

17 d.lgs. n. 231 del 2001⁽⁵⁵⁾, ma pur sempre irrogata ed eseguita. Bisogna dunque prendere atto dell'inesistenza di uno statuto di premialità dell'ente che sia autonomo ed equivalente a quello previsto per la persona fisica. Pertanto, neppure sotto quest'ultimo profilo sembra possibile colmare quel *gap* di cooperazione⁽⁵⁶⁾ creato dalla duplicazione dei binari sanzionatori.

Avventurandosi in un bilancio finale sul mutamento delle finalità del diritto penale tributario, l'ente ne esce comunque responsabilizzato, ma, come si è visto, eccessivamente. Non può ancora dirsi che l'introduzione dei reati tributari nel Decreto 231 abbia alterato quello stato di «*quiete relativa*»⁽⁵⁷⁾ conquistata grazie al diritto vivente; può dirsi, piuttosto, che ne sia uscito alterato il diritto tributario penale "cooperativo-riscossivo".

Ipertrofia del diritto penale, moltiplicazione sanzionatoria e soffocamento degli strumenti premiali consegnano un diritto tributario penale "a premialità dimidiata", potendosi riporre speranze nelle sole condotte riparatorie ex artt. 12 e 17 D.Lgs. n. 231 del 2001.

Bibliografia

- ALAGNA R., *I reati tributari ed il regime della responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1 febbraio 2012, p. 397.
- ALDROVANDI P., *Profili evolutivi dell'illecito tributario*, CEDAM, Padova, 2005, p. 230.
- AMATI E., *Confisca "amministrativa" negli abusi di mercato limitata al solo profitto e persistenti criticità della confisca penale*, in *Giur. comm.*, 6-2019, p. 1279.
- BARTOLI R., *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.*, 3-2020, p. 228.
- BASILE E., *Brevi note sulla nuova Direttiva PIF*, in *DPC-RT*, 12-2017, p. 63 ss.
- BENJAMIN W., *Kleiner Briefwechsel mit der Steuerbehörde (Breve scambio epistolare con il fisco*, trad. it. di E. Dell'Anna Ciancia), in *Piccoli quaderni di prosa e di invenzione*, Henry Beyle, Milano, 2013.
- BRICCHETTI R., VENEZIANI P. (a cura di), *I reati tributari*, Giappichelli, Torino, 2017.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. C. PIERGALLINI, *Premialità*, cit., p. 534 ss. Diffusamente sul tema v. M. COLACURCI, *Imputazione e riparazione nella compliance penalistica. Profili evolutivi della responsabilità da reato degli enti*, Aracne, Roma, 2020.

⁽⁵⁶⁾ P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in C.E. PALIERO-F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena ancora*, cit., p. 1101 ss.

⁽⁵⁷⁾ A.F. TRIPODI, *Corte europea*, cit., p. 92.

- CARACCIOLI I., *Reati tributari e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1-2007, p. 155.
- CAVALLINI S., INGRASSIA A., *Brevi riflessioni sulla relazione tra il d.lgs. 231/2001 e i reati tributari: poenae non sunt multiplicanda sine necessitate*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2-2016, p. 109 ss.
- CINGARI F., *Introduzione. L'evoluzione del sistema penale tributario e (i?) principi costituzionali*, in R. BRICHETTI, P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 7.
- COLACURCI M., *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in *DPC-RT*, 2-2016, p. 66 ss.
- COLACURCI M., *Imputazione e riparazione nella compliance penalistica. Profili evolutivi della responsabilità da reato degli enti*, Aracne, Roma, 2020.
- CONSULICH F., *Il prisma del "ne bis in idem" nelle mani del Giudice eurounitario*, in *Dir. pen. proc.*, 7-2018, p. 949 ss.
- DE SIMONE G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, ETS, Pisa, 2012, p. 271 ss.
- DELL'OSSO A.M., *Corsi e ricorsi nel diritto penal-tributario: spunti (critici) sul c.d. decreto fiscale*, 3-2020, p. 318 ss.
- DELL'OSSO A.M., *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. ec.*, 2-2014, p. 401 ss.
- DOVA M., *Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 05.05.2014.
- FALSITTA G., *Lotta ad oltranza alla piaga dell'evasione ma senza moratoria delle garanzie costituzionali*, in *Corr. giur.*, 1-2007, p. 10 ss.
- FALSITTA G., *La fiscalità italiana tra rispetto delle garanzie costituzionali e giustizialismo fiscale*, in *Corr. trib.*, 24-2007, p. 1932.
- FALSITTA G., *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*, Giuffrè, Milano, 2008.
- FIANDACA G., *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, ES, Napoli, 2008.
- FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, p. 95 ss.
- FLORA G., *La "tela di Penelope" della legislazione penale tributaria*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, 476 ss.
- FLORA G., *Dalla "spazza corrotti" alla "spazza evasori". Brevi note critiche sulle recenti innovazioni legislative in materia di reati tributari*, in *Rass. trib.*, 1-2020, p. 252.
- GALLUCCIO A., *"Ne bis in idem" e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice "a quo" perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia*, in *DPC-RT*, 3-2018, p. 286.
- GATTA G.L., *I profili di responsabilità penale nell'esercizio della corporate tax governance*, in G. MARINO (a cura di), *Corporate Tax Governance. Il rischio fiscale nei modelli di gestione d'impresa*, Egea Editore, Milano, 2018, 123 ss.
- GIOVANNINI A., *Il nuovo ravvedimento operoso: il "Fisco amico" e il "condono permanente"*, in *il fisco*, 4-2015, p. 315.
- GIUNTA F., *L'ente non punibile. Prendendo spunto dall'evasione fiscale riparata*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4-2020, p. 16 ss.

- GROSSO C.F., *Sanzioni penali e sanzioni non penali nell'illecito fiscale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4-1978, p. 1173 ss.
- GULLO A., *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 13.03.2018.
- INGRASSIA A., *Ragione fiscale vs "illecito penale personale". Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. 158/2015*, Santarcangelo di Romagna, 2016.
- INGRASSIA A., *Il bastone (di cartapesta) e la carota (avvelenata): iniezioni di irrazionalità nel sistema penale tributario*, in *Dir. pen. proc.*, 3-2020, p. 307 ss.
- LA VATTIATA F.C., *La nuova direttiva PIF. Riflessioni in tema di responsabilità da reato degli enti giuridici, gruppi societari e reati tributari*, in *Giurisprudenza Penale*, 9-2019, p. 2 ss.
- LANZI A., ALDROVANDI P., *Diritto penale tributario*, 2^a ed., CEDAM, Padova, 2017.
- LUPI R., *La «diceria dell'evasore» tra improvvisazioni e schizofrenie sociali*, in *Dialoghi tributari*, 4-2010, p. 353.
- MAIELLO N.M., *Alla ricerca dell'identità perduta: la Cassazione ribadisce la natura 'relativa' del ne bis in idem*, in *Giur. comm.*, 6-2019, p. 1318 ss.
- MAIELLO V., *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, ES, Napoli, 2020.
- MANACORDA S., *Dalla carta dei diritti a un diritto penale 'à la carte'?*, in *DPC-RT.*, 3/2013, pp. 242 ss.
- MANACORDA S., *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, in *Le Società*, 4-2015, p. 473 ss.
- MANACORDA S., *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1 febbraio 2017, p. 108.
- MANACORDA S., *Equazioni complesse: il "ne bis in idem" "incipite" sul "doppio binario" per gli abusi di mercato al vaglio della giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 4-2017, p. 515.
- MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011.
- MANES V., *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"*, in *Cass. pen.*, 6-2018, 2222 ss.
- MANES V., NAPOLEONI V., *La legge penale illegittima*, Giappichelli, Torino, 2019.
- MAZZACUVA F., *I rapporti con il sistema sanzionatorio amministrativo e fra procedimenti*, in R. BRICHETTI, P. VENEZIANI (a cura di), *I reati tributari*, Giappichelli, Torino, 2017.
- MONGILLO V., *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3-2011, pp. 70-71.
- MONGILLO V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018.
- MONGILLO V., *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale. Il banco di prova degli abusi di mercato*, in *Giur. cost.*, 6-2019, p. 3343.
- MONTALENTI P., *Prevenzione dei reati tributari (c.d. Cooperative Compliance), Modello 231, sistemi di controllo e governance societaria: profili generali e ipotesi di riforma*, in *Il nuovo diritto delle società*, 9-2017, p. 963 ss.
- MORGANTE G., *Il reato come elemento del reato: analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Giappichelli, Torino, 2013.

- MUCCIARELLI F., PALIERO C.E., *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont.*, 20.04.2015, p. 1 ss.
- MUCCIARELLI F., *Tutela dei mercati finanziari e cumulo sanzionatorio*, in M. DONINI, L. FOFFANI (a cura di), *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 275 ss.
- PADOVANI T., *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, ES, Napoli, 2014.
- PALAZZO F., *La sentenza Cappato può dirsi storica?*, in *Pol. Dir.*, 1-2020, p. 3.
- PERINI A., *La riforma dei reati tributari*, in *Dir pen. proc.*, 2016, p. 14.
- PIERGALLINI C., *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 4-2019, p. 533.
- PIVA D., *Il doppio livello di legalità della responsabilità dell'ente: contestazioni indirette e parallele tra veri problemi e false soluzioni*, in *Resp. amm. soc. enti*, 1-2019, p. 189 ss.
- PULITANÒ D., *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 123 ss.
- PULITANÒ D., "Ne bis in idem". *Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. pen. proc.*, 12-2016, p. 1588 ss.
- SCOLETTA M., *Abusi di mercato e ne bis in idem: il doppio binario (e la legalità della pena) alla mercé degli interpreti*, in *Le Società*, 5-2019, p. 533.
- SEVERINO P., *La riforma dei reati tributari: un'occasione perduta?*, in *Arch. pen.*, 3-2016, p. 635.
- SEVERINO P., *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA (a cura di), *La pena ancora La pena ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 1101 ss.
- SEVERINO P., *L'inserimento dei reati tributari nel d.lgs. 231/2001 tra osservazioni de iure condito e prospettive de iure condendo*, in *Sist. pen.*, 7-2020, p. 125 ss.
- SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, il Mulino, Bologna, 2019.
- SORBELLO P., *Evasione fiscale e politica criminale: considerazioni sull'inopportunità sistemica della mancata corresponsabilizzazione degli enti nei reati tributari*, in *Indice pen.*, 1-2011, p. 210 ss.
- TRIPODI A.F., *L'ente nel doppio binario punitivo. Note sulla configurazione meta-individuale dei doppi binari sanzionatori*, in *DPC-RT*, 4-2020, p. 119 ss.
- TRIPODI A.F., *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta?*, in *Le Società*, 1-2018, p. 80.
- TRIPODI A.F., *Il nuovo volto del ne bis in idem convenzionale agli occhi del giudice delle leggi. Riflessi sul doppio binario sanzionatorio in materia fiscale*, in *Giur. cost.*, 2-2018, p. 530 e ss.
- TRIPODI A.F., *Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time*, in *DPC-RT*, 3-2018, p. 2070.
- TRIPODI A.F., *Ne bis in idem e insider trading*, in *Giur. it.*, 4-2020, p. 934 ss.
- VENEZIANI P., *Problemi attuali in tema di responsabilità dell'ente da reato tributario*, in *Cass. pen.*, 9-2020, p. 3086.

- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *DPC-RT*, 1-2016, p. 186.
- VIGANÒ F., *A never ending story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato*, in *Dir. pen. cont.*, 17.10.2016.
- VIGANÒ F., *Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della carta?*, in *DPC-RT*, 3 aprile 2019, p. 219 ss.
- VOZZA D., *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *DPC-RT*, 3-2013, p. 294 ss.

PIETRO MARIA SABELLA

**TAX COOPERATIVE COMPLIANCE,
REATI TRIBUTARI E RESPONSABILITÀ DELL'ENTE.
PROVE DI COOPERAZIONE FRA PUBBLICO E PRIVATO
NELLA GESTIONE DEL RISCHIO FISCALE**

SOMMARIO: 1. Prevenire e non (solo) reprimere. Alcune riflessioni per superare i limiti alla diffusione della *tax compliance*. — 2. *Tax cooperative compliance*. Modelli innovativi di cooperazione fra Fisco e Contribuente. Il ruolo dell'OCSE. — 3. Prove di cooperazione fra pubblico e privato nell'ordinamento italiano. Il *Tax Control Framework* e la gestione del rischio fiscale. — 4. Quale integrazione tra il *Tax Control Framework* e il Modello di organizzazione, gestione e controllo nella prevenzione del rischio da reato fiscale. Un'opportunità per riflettere sul sistema 231.

1. Prevenire e non (solo) reprimere. Alcune riflessioni per superare i limiti alla diffusione della *tax compliance*.

Il rapporto tra Fisco e Contribuente si è costantemente caratterizzato per una certa conflittualità, causata, in primo luogo, sia dalla complessità e dall'ambiguità della normativa in materia di accertamento e riscossione del tributo sia dalla mancanza di un efficace modello di cooperazione fra soggetto pubblico e privato, atto a garantire un equilibrato contemperamento fra l'interesse dello Stato ad una completa percezione dei tributi e del cittadino alla "giusta" contribuzione alle spese pubbliche.

Formulazioni bizantine delle norme e interpretazioni ambivalenti, infatti, non hanno sempre dato luogo ad un sistema complessivamente aderente al principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.)⁽¹⁾ e di egua-

⁽¹⁾ Si veda, *ex multis*, G. MELIS, *Capacità contributiva (principio di)*, in *Digesto discipline pubblicistiche-VII* agg., Torino, 2017, p. 106-132; L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996; L. FERLAZZO NATOLI, *Fattispecie tributaria e capacità contributiva*, Milano, 1979; I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965; L. EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Torino, 1940.

B. GRIZIOTTI, *Principii di politica, diritto e scienza delle finanze*, Padova, 1929, p. 50, il quale scrive: «La distribuzione delle spese pubbliche, in base al principio di capa-

gianza sostanziale (art. 3, 2° comma, Cost.), idoneo a promuovere una equa ripartizione del carico fiscale fra le categorie sociali e un'effettiva adesione del contribuente ai propri doveri⁽²⁾, dunque una spontanea *tax compliance*.

A ciò si aggiunga che i meccanismi che governano i sistemi di controllo ispettivo dell'imposta e il successivo accertamento innanzi alla giurisdizione tributaria soffrono ancora di alcuni evidenti limiti che minano fortemente i rapporti di fiducia e leale collaborazione fra stato e cittadino.

A mero titolo esemplificativo è possibile citare le problematiche connesse alla mancanza di un effettivo contraddittorio preventivo⁽³⁾, alla declinazione dell'onere della prova⁽⁴⁾, all'uso della testimonianza, all'impiego

cità contributiva, deve farsi in misura dei vantaggi generali prodotti ai contribuenti, tanto dallo Stato, quanto dalla Società e dall'Economia nazionale, che lo stato stesso rappresenta».

⁽²⁾ Si veda, M. PIRES, *Tax morality and legal certainty in the XXXI century*, in *Dir. e prat. Trib. Int.*, 2017, p. 116 ss.; T. ROSEMBUJ, *Tax Morale*, Barcelona, 2016, p. 122 ss.

⁽³⁾ Sul contraddittorio preventivo, si veda Corte Cass., Sez. Un., 9 dicembre 2015 n. 24823 che non ammette in generale il contraddittorio preventivo, poiché afferma: «*differentemente dal diritto dell'Unione europea, il diritto nazionale, allo stato della legislazione, non pone in capo all'amministrazione fiscale che si accinga ad adottare un provvedimento lesivo dei diritti del contribuente in assenza di specifica prescrizione, un generalizzato obbligo di contraddittorio endoprocedimentale, comportante, in caso di violazione, l'invalidità dell'atto. Ne consegue che, in tema di tributi "non armonizzati", l'obbligo dell'amministrazione di attivare il contraddittorio endoprocedimentale, pena l'invalidità dell'atto sussiste esclusivamente in relazione alle ipotesi, per le quali siffatto obbligo risulti specificamente sancito (...)»;* più recentemente Corte Cost., ord. 31 gennaio 2020 n. 8, in cui la Corte si è espressa in merito ad un giudizio di legittimità costituzionale, sollevato dalla Commissione Provinciale di Siracusa, sugli artt. 32, 39 e 42 del D.P.R. n. 600/1973 in materia di contraddittorio endo-procedimentale nell'accertamento tributario. In particolare, la Corte Costituzionale ha accolto la valutazione della Commissione Tributaria che rigettava il reclamo del contribuente relativamente all'obbligo del contraddittorio preventivo, basandosi su due principali ragioni già indicate dalla Corte di Cassazione del 2015: *a)* nel sistema tributario nazionale manca un principio generale che, alla stregua di quanto imposto per i tributi armonizzati dall'art. 41 della Carta di Nizza, imponga il contraddittorio preventivo per le imposizioni fiscali esclusivamente interne; *b)* il contraddittorio preventivo dettato dall'art. 12 comma 7 dello Statuto del contribuente non può esondare dagli argini definiti dal tenore letterale della relativa disposizione. In poche parole, la norma in questione non stabilirebbe un principio generale circa un obbligo di contraddittorio preventivo; sul punto, si veda S. LA ROSA, *Cinque quesiti in tema di "contraddittorio endoprocedimentale" tributario*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2020, p. 296 ss.; F.S. COCIANI, *Il contraddittorio preventivo di nuovo all'attenzione della Consulta. Verso il riconoscimento del principio del giusto procedimento?*, in *Rass. Trib.*, 2019, p. 531 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. *ex multis*, M. BAMBINO, *La ripartizione (non sempre equa) dell'onere della prova nel processo tributario tra amministrazione finanziaria e contribuente*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2018, p. 1911 ss.

della tutela cautelare e, in generale, ai limiti della difesa in giudizio rispetto ai poteri affidati agli organi investigativi e alle modalità di acquisizione e valutazione delle prove⁽⁵⁾.

In secondo luogo, la *compliance* del contribuente non risulta favorita dalle poco virtuose modalità di spesa e di allocazione dei tributi acquisiti da parte dello Stato e degli enti pubblici. Spese improduttive, burocrazia, inefficienze amministrative, meccanismi diffusi di corruzione concorrono alla dispersione delle energie economiche raccolte. A fronte di un costante aumento della pressione fiscale (nel 2020 ammonta al 43,1%) non si assiste ad una equivalente accelerazione della crescita economica e produttiva del Paese e ad un complessivo miglioramento della qualità e della diffusione dei servizi essenziali sul territorio. In particolare, poi, gli effetti legati alla crisi pandemica da Covid-19 hanno fatto definitivamente emergere tutti i limiti di un sistema fallace e inefficace⁽⁶⁾.

Questi elementi concorrono ad alterare la percezione che il contribuente ha dell'imposta e della sua funzione come strumento per la migliore partecipazione alle spese che la collettività deve sostenere per garantire servizi e sostegno a tutti i suoi membri. In un certo senso, il tributo perde la sua legittimazione quale momento essenziale che fa vivere il contratto sociale⁽⁷⁾. Il contribuente conseguentemente smarrisce la consapevolezza di partecipare alla vita sociale ed economica della propria comunità e inizia a vivere, o meglio a subire, l'applicazione del tributo come un obbligo privo di finalità e utilità.

Tutte queste distorsioni di sistema si consumano nell'evidenza del fenomeno dell'evasione fiscale⁽⁸⁾, particolarmente diffuso nel nostro Paese, che insieme alle pratiche di elusione e di abuso del diritto risultano assolutamente insidiosi per lo sviluppo economico, lavorativo e sociale, oltre che per gli interessi finanziari dell'Unione Europea.

⁽⁵⁾ S. CAPOLUPO, *Poteri istruttori della Guardia di Finanza e garanzie difensive del contribuente*, in *Il Fisco*, 2018, p. 807; G. ANTICO, M. GENOVESI, *Valido l'atto di accertamento basato su elementi raccolti senza le garanzie difensive in ambito penale*, in *Il Fisco*, 2018, p. 1 ss.

⁽⁶⁾ Si veda, Corte dei Conti, Sezioni Riunite in sede di controllo, *Rapporto 2020 sul coordinamento della finanza pubblica*, in www.cortedeiconti.it.

⁽⁷⁾ Così, G. MELIS, *Tax Compliance e sanzioni tributarie*, in *Rass. Trib.*, 2017, p. 751 ss.

⁽⁸⁾ L'evasione di imposte e contributi vale ogni anno circa 100 mld di euro; per l'anno 2020, si veda *Documento di Economia e Finanza, anno 2020. Nota di aggiornamento. Allegato, Relazione sull'economia non osservata e sull'evasione fiscale e contributiva*, in www.finanze.gov.it.

Ecco che allora sembrerebbe inevitabile ricorrere all'uso della sanzione amministrativa e penale per tentare di ridurre il *tax gap*. Come spesso accade, viene attribuita alla pena il compito di determinare ciò che giusto e non solo ciò che lecito⁽⁹⁾, nella convinzione che nel diritto penale si possa recuperare quella componente etica⁽¹⁰⁾, legata ad una scala di valori, del tutto assente altrove. In assenza di categorie di principi precostituite e propuginate dalle forze che rappresentano la cittadinanza in vario modo e misura, un dato comportamento è da biasimare solo e perché una norma penale e una sanzione lo qualificano come illecito. In questo senso, l'evasione fiscale viene percepita come effettivamente dannosa e offensiva solo se e quando intervenga il legislatore penale, in assenza di una efficace narrazione trasversale e condivisa intesa a diffondere la cultura della *tax compliance* fra la cittadinanza e le imprese.

Tuttavia, rimane forte il dubbio se l'impiego della sanzione, in particolare quella penale, rappresenti effettivamente lo strumento più adatto a indirizzare il contribuente verso forme di adempimento spontaneo e di partecipazione collaborativa al soddisfacimento degli interessi pubblici. Ciò, in particolare, in ragione del fatto che le forti oscillazioni della politica criminale e sanzionatoria in materia, causate dall'assenza di riferimenti culturali certi e positivi, sono sempre sembrate più orientate a "far cassa" che a contrastare adeguatamente l'evasione fiscale e a indirizzare i contribuenti verso comportamenti più virtuosi. Nel sistema penal-tributario la pena sembra dunque perdere ogni funzione preventiva e di rieducazione del contribuente per assumere il compito di recuperare l'imposta evasa laddove l'amministrazione finanziaria risulti inefficace.

Basti qui pensare, in prima battuta, alla recente applicazione della c.d. confisca per sproporzione (*ex art. 12-ter*, D.Lgs. n. 74 del 2000 che fa richiamo all'art. 240-*bis* c.p.)⁽¹¹⁾ anche per i reati tributari⁽¹²⁾, disposta con l'introduzione della L. n. 157 del 2019. Il Legislatore, andando in controten-

⁽⁹⁾ Così, F. SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, p. 23 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014.

⁽¹¹⁾ Per un ampio commento, A.M. MAUGERI, *Un ulteriore sforzo della Suprema Corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p. Irretroattività e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione*, in *Sist. Pen.*, 2020, p. 203 ss.; si veda anche F. SGUBBI, *Nuova prescrizione e nuova confisca penale tributaria (un connubio che inquieta)*, in *www.discrimen.it*, 10 gennaio 2020.

⁽¹²⁾ In merito all'impiego delle misure patrimoniali per i reati tributati, si veda D. FONDAROLI, *La prevenzione patrimoniale: dall'applicazione in ambito penale-tributario all'amministrazione giudiziaria dei beni*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, 2017, p. 600 ss.

denza rispetto agli indirizzi intrapresi con le riforme di cui al D.Lgs. n. 128 del 2015 (che fra l'altro ha escluso la rilevanza penale dell'elusione fiscale e dell'abuso del diritto e ha introdotto i modelli di *cooperative compliance*) e al D.Lgs. n. 158 del 2015 (che ha novellato il D.Lgs. n. 74 del 2000 che disciplina i reati tributari), dimostra di voler inasprire il trattamento sanzionatorio nei confronti degli autori di reati fiscali, applicando uno strumento particolarmente afflittivo pur di garantire il recupero delle somme sottratte al Fisco e a ristorare il danno cagionato con l'imposta evasa.

Tuttavia, come noto, questa tipologia di confisca, la cui natura rimane per certi aspetti ancora incerta, non si limita a privare il reo del profitto del reato, ovvero del risparmio di imposta conseguente all'evasione, ma delle somme di denaro, dei beni o di altre utilità che appaiono sproporzionate rispetto ai redditi dichiarati e che questi non riesca a giustificare. Non si intacca solo il risparmio di imposta ma l'intero patrimonio, poiché ai fini dell'applicazione della misura non è necessario il nesso di pertinenzialità fra i beni confiscati e il reato stesso. È evidente come l'applicazione della confisca di sproporzione per reati tributari esprima proprio l'intenzione del Legislatore di perseguire un efficace recupero del gettito, anche a discapito del rispetto del principio di proporzionalità e di ragionevolezza della pena.

Senza considerare, di contro, che esperienze come quella maturata con la *voluntary disclosure* ⁽¹³⁾, introdotta ad opera della l. n. 186 del 2014, recante disposizioni in «Materia di emersione e rientro dei capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale», hanno contribuito a creare confusione fra i contribuenti maggiormente virtuosi e a deteriorare la funzione deterrente della sanzione tributaria, in particolare della confisca, quale strumento per garantire una corretta, imparziale e adeguata riscossione dei tributi.

In materia tributaria, non solo la pena ma anche il processo penale nel suo complesso sembra acquisire specifiche finalità di recupero del gettito fiscale più che di tutela dei beni giuridici sottesi. Anche in questo caso è possibile procedere con un esempio e fare riferimento all'attività di accertamento e quantificazione dell'imposta evasa da riscuotere a cui viene chia-

⁽¹³⁾ Cfr. A. INGRASSIA, *Le caleidoscopiche ricadute penalistiche della procedura di voluntary disclosure: causa sopravvenuta di non punibilità, autodenuncia e condotta penalmente rilevante*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 maggio 2015; M. LEO, *Raddoppio dei termini e voluntary disclosure: tutto risolto?*, in *Il Fisco*, 2015, p. 2017 ss.; C. SANVITO, *La voluntary disclosure evita la confisca di prevenzione sui proventi dei reati tributari?*, in *Il Fisco*, 2015, p. 838 ss.; M. CARDILLO, *La voluntary disclosure: aspetti critici*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2015, p. 906 ss.

mato il giudice penale. Sebbene il processo penale dovrebbe essere finalizzato alla tutela dell'interesse pubblico alla corretta percezione del tributo a fronte delle violazioni più gravi da parte del contribuente, questo diventa invece occasione per riscuotere l'imposta non ancora recuperata. Tuttavia, il procedimento in uso in sede penale produce ripercussioni significative nei confronti della posizione del contribuente. Infatti, proprio in virtù dell'autonomia del processo penale da quello tributario, le Corti ordinarie determinano il tributo evaso secondo le "proprie" regole, procedendo però non di rado al disancoramento del risultato fiscale di ciascun periodo di imposta dalla realtà economica ed effettiva del contribuente⁽¹⁴⁾. Tutto ciò può determinare, come prevedibile, un recupero del gettito fiscale non conforme alla reale capacità contributiva del cittadino.

Al di là di questi specifici esempi, non va comunque dimenticato che — nella sua generalità — il modello sanzionatorio, previsto per la persona fisica e di recente anche per l'ente, fondato sul doppio binario (D.Lgs. n. 472 e 473 del 1997 per le sanzioni amministrative e D.Lgs. n. 74 del 2000 per le sanzioni penali) esprime una pluralità di profili problematici, in primo luogo in materia di contrasto al divieto di *bis in idem*⁽¹⁵⁾ processuale e sostanziale, che testimoniano plasticamente la significativa complessità e afflittività di un sistema che per troppo tempo ha mancato di dotarsi anche di strumenti di premialità e, in genere, di cooperazione fra pubblico e privato, finalizzati ad anticipare, se non ad inibire, l'applicazione della pena e a garantire, al tempo stesso, una piena e equa compartecipazione del contribuente alle esigenze fiscali.

In questo senso, dunque, la riduzione del *tax gap* e la diffusione di una *tax compliance* virtuosa non possono dipendere unicamente dall'impiego della sanzione e dal suo progressivo inasprimento in assenza di un

⁽¹⁴⁾ Recentemente è intervenuta nuovamente la Corte di Cassazione con sent. n. 10389 del 2020, che ha affermato che per la determinazione dell'imposta evasa nell'ambito dei reati tributari di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000, è necessario operare una valutazione sostanziale del rilievo della condotta, potendo prescindere dalle formalità della normativa fiscale. In particolare, la Corte ha stabilito che per la quantificazione del debito ai fini delle imposte dirette è possibile tenere conto anche dei costi non documentati purché effettivi; per l'IVA è invece possibile prendere in esame i soli costi documentati.

⁽¹⁵⁾ Cfr. A.F. TRIPODI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta*, in *Le Società*, 2018, p. 80 ss.; F. GALLO, *Il "ne bis in idem" in campo tributario: un esempio per riflettere sul "ruolo delle Alte Corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in *Rass. Trib.*, 2017, p. 915 ss.; F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e omesso versamento IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 28 settembre 2015; G.M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e "ne bis in idem": variazioni italiane su un tema europeo*, in *Rass. Trib.*, 2014, p. 939 ss.

crescente recupero del gettito fiscale, ma necessitano dell'adozione (ma non certo in sostituzione) di altri mezzi a carattere non sanzionatorio, da un lato deputati a dotare i contribuenti di efficaci metodologie e modelli di analisi e di valutazione e prevenzione del rischio fiscale e, dall'altro, in grado di migliorare la qualità dell'azione dell'Amministrazione finanziaria, soprattutto in fase di verifica e accertamento, e, non da ultimo, di corretta allocazione delle risorse economiche.

Ciò che va favorita è la possibilità del contribuente di essere *compliant* fin da subito, prima dell'intervento dell'Amministrazione finanziaria o dell'Autorità giudiziaria, mediante interventi legislativi volti alla semplificazione e alla "comprensibilità" della normativa tributaria e dei processi di accertamento e riscossione connessi, tali da promuovere un sistema stabile in grado di consentire l'accesso al mercato nazionale di investitori stranieri.

Del resto, solo un sistema tributario lineare e trasparente può apparire ontologicamente idoneo a promuovere comportamenti fiscalmente corretti e, in particolare, a frenare fenomeni di pianificazione fiscale, anche aggressiva, finalizzati a sfruttare indebitamente le lacune normative per ottenere maggiori profitti dal risparmio di imposta.

2. *Tax cooperative compliance*. Modelli innovativi di cooperazione fra Fisco e Contribuente. Il ruolo dell'OCSE.

Fortunatamente, negli ultimi anni si è assistito ad una generale sensibilizzazione dell'opinione pubblica e dei commentatori sul tema della *tax compliance* dell'impresa, come si vedrà particolarmente dibattuto in seno all'OCSE e che, recentemente, ha condotto ad una progressiva permeabilità degli ordinamenti occidentali da parte di modelli di cooperazione fra pubblico e privato, tesi a potenziare la gestione consapevole del rischio fiscale da parte dei grandi contribuenti, già a livello di *governance* aziendale. Contribuente e Fisco sono chiamati ad instaurare un rapporto di collaborazione basato sulla trasparenza e sulla fiducia reciproca, attraverso modelli di confronto costante che possano garantire un preventivo esame dei casi di dubbia legittimità e liceità dei comportamenti fiscalmente rilevanti, la riduzione dei controlli successivi e dell'eventuale contenzioso.

I modelli di *cooperative compliance* sono pertanto finalizzati a condurre le parti alla condivisione del medesimo interesse e dal punto di vista del penalista meritano particolare attenzione, soprattutto a seguito dell'introduzione della responsabilità dell'ente per reati tributari con la L. n. 157 del 2019 che, in recepimento della c.d. Direttiva PIF, UE 2017/1371, ha provveduto all'inserimento dell'art. 25-*quinqüiesdecies* nel catalogo dei reati presupposto di cui al D.Lgs. n. 231 del 2001.

Come anticipato, le motivazioni che hanno provocato un radicale cambio di rotta nell'inquadramento del delicato rapporto fra Fisco e Contribuente ed un ripensamento delle regole e degli obiettivi principali della fiscalità nazionale e internazionale sono da ricondurre al forte impatto sulla crescita economica di molti Paesi provocato da forme di elusione e di evasione fiscale anche transnazionale, causato da modelli di pianificazione fiscale aggressiva adottati da parte di alcune grandi imprese.

Nel corso del tempo, infatti, le regole di fiscalità internazionale hanno manifestato ampie debolezze che creano opportunità di erosione della base imponibile. In particolare, si fa riferimento ai casi in cui l'interazione asimmetrica fra diverse norme fiscali determina una doppia non tassazione a carico dell'impresa che agisce su scala internazionale o globale o favorisce la collocazione in aree territoriali a c.d. "regime fiscale privilegiato", che assicurano benefici significativi a fronte di una estrema riduzione della pretesa fiscale. È evidente come questi meccanismi, oltre ad alterare la concorrenza fra imprese, comportino un'indebita concorrenza fra ordinamenti e mercati e il deterioramento dell'integrità dei sistemi fiscali.

È emersa dunque la consapevolezza di dotarsi di nuove forme di controllo, basate su di un'azione preventiva che privilegi il rapporto collaborativo fra soggetto pubblico e privato.

I rilevanti cambiamenti all'origine dell'adozione di meccanismi di *cooperative compliance* hanno matrice internazionale.

Se ne delineano sinteticamente gli elementi principali. Per la prima volta ne viene data formulazione in seno all'OCSE che, già dalla prima metà degli anni '90⁽¹⁶⁾, aveva segnalato la necessità per gli Stati aderenti di ripensare il rapporto tributario con l'impresa prevedendo forme di collaborazione in un contesto di trasparenza e fiducia reciproca⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. OCSE, *Taxpayers rights and obligation. A survey of the legal situation in OECD countries*, 1990, in *www.oecd.org*. Con questo rapporto, l'OCSE evidenziava come le contestazioni fiscali non precedute dalla partecipazione del contribuente alla fase istruttoria eseguita dall'autorità di controllo, comprometteva la fiducia e la stabilità dei rapporti coinvolti, fungendo peraltro da deterrente agli investimenti e alla crescita economica fra i Paesi membri.

⁽¹⁷⁾ Va ricordato peraltro come le sollecitazioni fornite dall'OCSE vennero accolte, a livello internazionale, anche da alcune associazioni rappresentative dei professionisti operanti in materia fiscale (AOTCA, l'associazione dei consulenti fiscali di Asia e Oceania, la CFE, Confederation Fiscale Europeenne e la STEP, l'associazione dei consulenti in gestione patrimoniali e trust) le quali hanno elaborato un *Model Tax Payers Charter* volto a delineare i diritti e gli obblighi del contribuente nei confronti del Fisco. Per un approfondimento, si veda P. VALENTE, I. HAYES, D. BARMENTLO, *Il Model Taxpayer Charter. Statuto dei diritti e dei doveri del Contribuente, Cooperazione con il Fisco tra Tax Governance e Tax Compliance*, in *Il Fisco*, 2013, p. 5570 ss.

Successivamente, nel rapporto elaborato nel 2008 («*Study into the role of tax intermediaries*») (18) l'OCSE ha evidenziato come globalizzazione, digitalizzazione dell'economia, frammentarizzazione delle politiche fiscali internazionali, hanno, non solo favorito politiche di impresa non particolarmente virtuose, ma anche ampiamente agevolato politiche fiscali improntate alla pratica del c.d. «*race to the bottom*» (19), finalizzate alla creazione di una situazione economico-politica in cui le *major companies* possano operare riducendo al massimo i costi, pagando il minor numero di imposte possibili e offrendo contemporaneamente ai lavoratori condizioni contrattuali sempre più degradanti.

Più di recente, sempre al fine di mitigare il fenomeno della pianificazione fiscale aggressiva e le pratiche di BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) (20) che ogni anno costano ai Paesi OCSE circa 240 miliardi di dollari (21), con il report *From enhanced relationship to Co-operative Compliance* del 2013 (22), l'OCSE ha teorizzato e suggerito l'adozione di schemi di adempimento collaborativo, evidenziando l'importanza di inserire all'interno dei sistemi di *governance* aziendali, uno strumento di controllo e gestione integrata del rischio fiscale, denominato *Tax Control Framework* (23) (TCF), quale elemento imprescindibile per l'ingresso delle grandi imprese in alcuni mercati e per l'accesso a regimi di adempimento collaborativo, idonei a rendere *compliant* le pianificazioni fiscali alla normativa del Paese ospitante e ad ottenere benefici premiali (24). Occorre infine sottolineare

(18) Cfr. OECD, *Annual Report, 2008 Guidelines for Multinational Enterprises*, dell'11 marzo 2009, in www.oecd.org. Questo documento ribadisce la necessità, negli ordinamenti tributari, di addivenire a forme di cooperazione tra contribuenti di grandi dimensioni e Amministrazioni finanziarie.

(19) Sul tema, cfr. A. PERRONE, *L'equa tassazione delle multinazionali in Europa: impostazioni sul digitale o regole comuni per determinare gli imponibili?*, in *Riv. trim. dir. Trib.*, 2019, p. 63 ss.

(20) Per un'ampia disamina del fenomeno, si rimanda a M. LANG, P. PISTONE, A. RUST, J. SCHUCH, C. STARINGER, *Base erosion and profit shifting (BEPS). The proposal to Revise the OECD Model Convention*, Wien, 2016.

(21) Si rimanda ai report presenti nella pagina dedicata <https://www.oecd.org/tax/beps/>.

(22) Cfr. OECD, *The importance of the Tax Control Framework*, in *Cooperative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operation Compliance*, Paris, 2013, in www.oecd.org.

(23) Vedi, G.L. GATTA, *I profili di responsabilità penale nell'esercizio della Corporate Tax Governance*, in G. MARINO (a cura di), *Corporate Tax Governance. Il rischio fiscale nei modelli di gestione dell'impresa*, Milano, 2018, p. 113 ss.

(24) Tra i benefici, si possono menzionare anzitutto tempi di risoluzione delle controversie assai abbreviati; la riduzione degli adempimenti formali nonché, in caso di accertamento di maggiori imponibili o di violazioni tributarie, delle sanzioni e degli inte-

come il Rapporto OCSE del 2013 abbia affermato come il *Tax Control Framework* dovrebbe perseguire obiettivi di *Corporate Social Responsibility*, prendendo spunto dai valori di etica economica e adottando un *enterprise risk management* basato sulle *best practices* idonee a garantire un efficace monitoraggio del rischio fiscale.

Attraverso il *Tax Control Framework*, dunque, il contribuente-impresa può controllare i rischi di natura patrimoniale legati alla commissione di eventuali illeciti amministrativi e penali connessi alla variabile fiscale attraverso un modello di *tax compliance*, messo al servizio delle amministrazioni finanziarie quale base di partenza per accertare la correttezza e l'affidabilità del contribuente (c.d. sistema di *early disclosure*).

La vera novità introdotta dal Report OCSE consiste dunque nel condurre i contribuenti a perseguire una *compliance* fiscale per evitare di subire sanzioni particolarmente afflittive, avere un quadro certo della variabile normativa attraverso una relazione di proficua e leale collaborazione con il Fisco e, allo stesso tempo, inibire quei meccanismi di ripartizione del carico fiscale che penalizzano i contribuenti più virtuosi e che danneggiano l'economia, la concorrenza e la qualità dei servizi pubblici.

La *tax cooperative compliance*, quale modello di cooperazione e comunicazione rafforzata, basata sul reciproco affidamento fra amministrazione finanziaria e contribuente, per favorire — nel comune interesse delle parti — la prevenzione, la risoluzione delle controversie in materia fiscale, nonché il corretto assolvimento dell'onere fiscale da parte dell'impresa, assume così rilevanza strategica.

3. Prove di cooperazione fra pubblico e privato nell'ordinamento italiano. Il *Tax Control Framework* e la gestione del rischio fiscale.

Il Legislatore nazionale ha recepito le indicazioni dell'OCSE con la legge di delega n. 23 del 2014⁽²⁵⁾ (in particolare, art. 6) con cui è stato attribuito al Governo nazionale il compito di disciplinare aspetti particolarmente critici del rapporto Fisco-Contribuente, quali, in particolare, la gestione del rischio fiscale, la *governance* aziendale e il c.d. «tutoraggio»⁽²⁶⁾.

ressi gravanti sul contribuente; la sospensione dei controlli della dichiarazione tributaria e delle attività di ispezione e verifica per l'arco temporale coperto dall'accordo.

⁽²⁵⁾ Si veda, F. AMATUCCI, *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'OCSE e dell'UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva*, in *Riv. Trim. dir. Trib.*, 2015, pp. 3-5.

⁽²⁶⁾ Cfr. G. GUETTA, *La delega fiscale per un nuovo rapporto Fisco-contribuente*, in *Corr. Trib.*, 2014, p. 3013 ss.

Scopo del disegno politico-normativo complessivo è quello incentivare gli investimenti delle grandi imprese straniere nel nostro Paese, particolarmente afflitto dalla crisi economica, indirizzando l'impresa verso una politica fiscale non aggressiva, elusiva o fraudolenta. La *tax cooperative compliance* interviene⁽²⁷⁾ ad evitare l'*assalto* sanzionatorio in caso di illecito fiscale, anche penale, sull'impresa che decida di adottare un regime fiscale non virtuoso o criminoso. Con il D.Lgs. n. 128 del 2015⁽²⁸⁾ si giunge così all'introduzione nel nostro ordinamento di uno strumento di *cooperative*

(27) Il modello di *tax cooperative compliance*, così introdotto, non appare comunque una novità assoluta, "una cattedrale nel deserto". Già a partire dal 2003, infatti, si è assistito ad un avvicinarsi di strumenti e istituti adottati dal legislatore tributario per sollecitare il contribuente-imprenditore ad avvantaggiarsi di un rapporto privilegiato con l'amministrazione finanziaria, ottenere premialità ed evitare sanzioni gravose e relativi interessi. Basti pensare all'istituto del *ruling* (2003), al tutoraggio fiscale (2008) all'interpello (art. 11 Statuto del Contribuente) che assume una centralità anche nell'ottica della responsabilità sociale di impresa, cfr. A. FAZIO, *L'interpello tributario nella prospettiva della responsabilità sociale di impresa*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2019, p. 542 ss.

(28) Tale provvedimento, va segnalato, si inseriva in un quadro di riforma più ampio e generale, mediante il quale si è cercato di impostare il dialogo fra contribuente e Fisco sulla corretta osservanza dei principi e delle regole già previste nello Statuto del Contribuente del 2000, per certi aspetti, rimasto in parte disapplicato. Trasparenza, leale collaborazione, chiarezza normativa avrebbero dovuto guidare l'assetto dei rapporti fra impresa "legale" e fisco. Si ricorda poi come contestualmente è stato emanato il d.lgs. n. 158/2015, con il quale si è provveduto parallelamente a modificare il d.lgs. n. 74/2000 in materia di reati tributari in particolare, orientando il sistema penale tributario a favore di una maggiore osservanza dei principi offensività e proporzionalità, cfr. A. PERINI, *La riforma dei reati tributari*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2016, p. 14 ss.; S. FINOCCHIARO, *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al d.lgs. n. 158/2015*, in www.penalecontemporaneo.it, del 9 ottobre 2015; A. GIARDA, A. PERINI, G. VARRASO, *La nuova giustizia penal-tributaria*, Padova, 2016. In particolare, questi provvedimenti intervengono in un momento di estrema confusione, in cui, solo a titolo esemplificativo, all'abuso del diritto veniva riconosciuta rilevanza penale, cfr. G.M. FLICK, *Abuso del diritto ed elusione fiscale, quale rilevanza penale?*, in *Giur. Comm.*, 2011, p. 465 ss.; (vedi caso D&G, con applicazione dell'art. 37-bis D.P.R. 600/1973; L. TROYER, *La rilevanza penale dell'elusione tra Suprema Corte e Legislatore dopo la sentenza D&G*, in *Le Società*, 2012, p. 692 ss.), la responsabilità dell'ente per reati tributari veniva ricavata attraverso l'impiego di argomentazioni analogiche *in malam partem* e la Cassazione, con le Sez. Un. Gubert, Corte Cass. Sez. Un. Sent. 30 gennaio 2014, n. 10561 (con una riflessione di M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 2016, p. 1674 ss.) cercava di ricostruire l'istituto della confisca diretta con lo scopo specifico di colmare il gap normativo in cui gli illeciti tributari ancora sopravvivevano (Si afferma in sentenza: «è consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica»).

compliance particolarmente innovativo, denominato *Regime dell'adempimento collaborativo*.

Questo istituto è stato immaginato per tracciare un percorso preferenziale, in prima battuta per le grandi imprese⁽²⁹⁾ che avrebbero dimostrato la volontà e la capacità di gestire in maniera virtuosa e trasparente il rapporto con il Fisco, come concepito alla luce dello Statuto del Contribuente (introdotta con la L. n. 212 del 2000)⁽³⁰⁾, mediante l'adozione del *Tax Control Framework* (art. 3 del D.Lgs. n. 128 del 2015), ovvero di un idoneo strumento di rilevazione, misurazione e gestione del "rischio fiscale", inteso quale rischio di operare in violazione della normativa tributaria, sia amministrativa che penale, nonché in contrasto con i principi e le finalità stesse dell'ordinamento tributario.

In particolare, l'art. 4 del d.lgs. n. 128/2015, prevede che il sistema di *governance* aziendale e di controllo interno dovrà cercare di assicurare, fermo restando il fedele e tempestivo adempimento degli obblighi tributari:

1) una chiara attribuzione dei ruoli e delle responsabilità attinenti al rischio fiscale all'interno dei diversi settori in cui in cui si dipana l'organizzazione interna della società;

2) efficaci procedure di rilevazione, misurazione, gestione e controllo dei rischi fiscali il cui rispetto deve essere garantito in tutti i livelli aziendali;

3) efficaci procedure per rimediare ad eventuali carenze riscontrate nel suo funzionamento e attivare tutte le necessarie azioni volte a correggere le lacune o gli errori procedurali.

⁽²⁹⁾ Si fa riferimento al «progetto pilota» del 25 giugno del 2013, con cui l'Agenzia delle Entrate ha invitato i grandi contribuenti a comunicare, entro il 31 luglio 2013, la propria disponibilità ad aderire, su base volontaria, alla procedura di selezione per prendere parte alla sperimentazione del sistema di *cooperative compliance*. In particolare, il *Grande Contribuente* (soggetti che per l'anno di imposta 2011, hanno conseguito un volume di affari o di ricavi non inferiore a 100 milioni di euro; tuttavia, nella prima fase, sono stati invitati solo i Contribuenti con un volume di affari uguale o superiore a 10 miliardi di euro) doveva aver adottato un modello di organizzazione, gestione e controllo di cui all'art. 6 del D.Lgs. n. 231 del 2001 o, in alternativa, un sistema di gestione e controllo fiscale, basato sul *Tax Control Framework*. Ulteriori requisiti preferenziali erano: *a)* esser parte di un gruppo multinazionale; *b)* avere aderito in altri ordinamenti a forme di *cooperative compliance*; *c)* avere attivato misure rientranti nel concetto di adempimento collaborativo, quali ad esempio, i ruling di standard internazionali o l'adesione al regime degli oneri documentali in materia di *transfer pricing*. È consentito l'ingresso per "trascinamento" da parte dei soggetti appena elencati dell'impresa residente o non residente con stabile organizzazione in Italia che svolge "funzioni di indirizzo" sul sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, anche non in possesso dei requisiti dimensionali.

⁽³⁰⁾ Cfr. F. GALLO, *Brevi considerazioni sulla definizione di abuso del diritto e sul nuovo regime del c.d. adempimento collaborativo*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2014, p. 947 ss.

Il sistema di controllo del rischio fiscale prevede poi, con cadenza almeno annuale, l'invio di una relazione agli organi di gestione per l'esame e le valutazioni conseguenti. La relazione illustra, per gli adempimenti tributari, la mappatura dei rischi, le verifiche effettuate e i risultati emersi, le misure adottate per rimediare a eventuali carenze rilevate, nonché le attività pianificate⁽³¹⁾. Tutto ciò al fine di avere piena consapevolezza circa l'efficacia del sistema adottato, allo scopo di rilevare e prevenire adeguatamente il rischio fiscale.

Di contro, l'amministrazione finanziaria deve: *a)* procedere a valutare in modo trasparente e oggettivo, nonché in conformità ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità, il sistema di gestione e controllo del contribuente, con eventuale proposta circa gli interventi da adottare per ammettere l'ente al regime di adempimento collaborativo, sulla falsariga di come, ad esempio, si comporta l'ANAC nell'ambito della vigilanza collaborativa in materia di appalti⁽³²⁾; *b)* pubblicare periodicamente sul proprio sito istituzionale l'elenco aggiornato delle operazioni, strutture e schemi ritenuti di pianificazione fiscale aggressiva; *c)* promuovere relazioni con i contribuenti basate sul rispetto dei principi di trasparenza, collaborazione e correttezza; *d)* esaminare con accuratezza le situazioni in grado di generare rischi fiscali, tenendo in conto anche i pareri forniti dai collegi sindacali e dagli organismi di vigilanza (art. 5, D.Lgs. n. 128 del 2015).

L'adesione al suddetto regime comporta dunque la possibilità, almeno fino ad oggi, per le imprese di grandi dimensioni di pervenire ad una comune valutazione delle situazioni di rischio fiscale con l'Agenzia delle Entrate, proprio al fine di evitare illeciti, omissioni o semplici errori nella fase propedeutica alla presentazione delle dichiarazioni tributarie; è, infatti, previsto che l'Amministrazione finanziaria ed il Contribuente possano interlo-

⁽³¹⁾ Si segnala che la normativa predisposta dal D.Lgs. n. 128 del 2015 è stata arricchita con una normativa regolamentare, in particolare, con i Provvedimenti del Direttore dell'Agenzia delle Entrate del 14 aprile 2016 e 26 maggio 2017. L'art. 4 del Provvedimento, rubricato "Interlocuzione costanti e preventive" declina le modalità con cui il confronto fra Amministrazione e contribuente debba svolgersi una volta che il complessivo sistema di controllo, rilevazione, misurazione e contenimento del rischio fiscale, il *Tax Control Framework*, nelle sue varie articolazioni, sia stato esaminato e ritenuto adeguato dall'Agenzia delle Entrate. Viene richiesta l'osservanza di un obbligo di trasparenza da parte dell'impresa in merito alle operazioni che comportano rischi fiscali significativi, a forme di pianificazione fiscale aggressiva.

⁽³²⁾ Per approfondire la similitudine, si veda E. FREDIANI, *Vigilanza collaborativa e supporto "in itinere" delle stazioni appaltanti. La funzione pedagogica dell'ANAC*, in *Dir. e proc. Amm.*, 2018, p. 151 ss.

quire e cooperare costantemente in relazione ad ogni elemento di fatto rilevante per le dichiarazioni di imposta.

Allo stesso tempo, l'adesione al regime di adempimento collaborativo prevede, ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 128/2015, diversi effetti di natura premiale per le imprese⁽³³⁾, quali:

— una procedura abbreviata di interpello preventivo nell'ambito della quale l'Agenzia delle Entrate si impegna a rispondere ai quesiti delle imprese entro quarantacinque giorni decorrenti dal ricevimento dell'istanza o della eventuale documentazione integrativa richiesta;

— l'applicazione di sanzioni ridotte alla metà e comunque in misura non superiore al minimo edittale, con sospensione della riscossione fino alla definitività dell'accertamento, per i rischi comunicati in modo tempestivo ed esauriente;

— l'esonero dal presentare garanzie per i rimborsi delle imposte dirette ed indirette per tutto il periodo di permanenza nel regime.

In caso di denuncia per reati fiscali, l'Agenzia comunica alla Procura della Repubblica se il Contribuente abbia aderito al regime di adempimento collaborativo, fornendo, se richiesta, ogni informazione utile circa il controllo del rischio fiscale e l'attribuzione di ruoli e responsabilità previsti dal sistema.

Infine, a seguito di positiva definizione dell'istruttoria, interviene il provvedimento di ammissione ed il contribuente è inserito sul sito istituzionale dell'Agenzia dell'Entrate, potendo accedere così alla procedura di adempimento collaborativo.

Nell'ottica della politica di impresa e di *governance*, il sistema del *Tax Control Framework* avvia così un nuovo modello di cultura aziendale per il settore fiscale, incentivando finalmente una *tax compliance* potenzialmente davvero efficace e idonea a mitigare, se non inibire, forme di responsabilità per illecito fiscale. Ciò che si auspica è l'ampliamento del regime collaborativo anche alle piccole e medie imprese e il potenziamento dell'uso del contraddittorio preventivo. È indubbio, dunque, che questo nuovo modello abbia dato vita ad un sistema di cooperazione integrata fra pubblico e privato⁽³⁴⁾, idoneo a garantire la certezza nei rapporti fra Fisco e Contri-

⁽³³⁾ L'impostazione di questo modello di *tax cooperative compliance*, che ruota intorno all'adozione del *Tax Control Framework*, sembra dunque ispirarsi al modello anglosassone dei *compliance programs*, e intende diffondere, anche con premialità, una maggiore sensibilità circa l'impatto sulla collettività della mancata e adeguata riscossione delle imposte.

⁽³⁴⁾ È utile ricordare come l'art. 1-bis del D.L. 4 aprile 2017 n. 50, convertito con la L. 21 giugno 2017 n. 96, ha introdotto una speciale "procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata" volta a promuovere e facilitare un confronto fra multinazionali estere e amministra-

buente e a eliminare i profondi effetti negativi dell'oscura materia tributaria sugli investimenti.

Rimane da comprendere quale possa essere l'impatto sul sistema penale e se, in particolare, l'adozione del *Tax Control Framework* possa incidere sull'efficacia del Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo e, conseguentemente, sui profili di responsabilità penale dell'ente per i reati tributari. È pertanto utile indagare in merito al livello di coordinamento tra il sistema di autovalutazione preventiva del rischio fiscale e il Modello di cui all'art. 6 del D.Lgs. n. 231 del 2001.

4. **Quale integrazione tra il *Tax Control Framework* e il Modello di organizzazione, gestione e controllo nella prevenzione del rischio da reato fiscale. Un'opportunità per riflettere sul sistema 231.**

Come anticipato, l'inserimento di alcuni delitti tributari nel sistema sanzionatorio delineato dal D.Lgs. n. 231 del 2001⁽³⁵⁾, avvenuto con la L. n. 157 del 2019, in recepimento della Direttiva UE 2017/1371, c.d. Direttiva PIF⁽³⁶⁾, ha imposto una rivisitazione delle procedure interne di *tax compliance*, per dotare l'ente di accurate misure di prevenzione del rischio da reato fiscale.

zione finanziaria per verificare l'esistenza di una stabile organizzazione nel nostro territorio. Erroreame questa procedura è stata denominata "web tax transitoria"; cfr. M. CERRATO, *La procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata in materia di stabile organizzazione (c.d. web tax transitoria)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2017, p. 751 ss.

⁽³⁵⁾ Si fa riferimento all'art. 25-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 231/2001, novellato con il d.lgs. n. 75/2000. Ad oggi, fra i delitti tributari, reato presupposto per la responsabilità dell'ente, si contemplano i delitti di cui agli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10 e 11 del d.lgs. n. 74/2000. Sull'introduzione dei reati tributari nel catalogo 231, vedi P. SEVERINO, *L'inserimento dei reati tributari nel d.lgs. 231/2001. Tra osservazioni de jure condito e prospettive de jure condendo*, in *Atti del Webinar "Tax compliance, responsabilità degli enti e reati tributari. Una riflessione alla luce della legge n. 157/2019, 15 maggio 2020*, in *www.sistemapenale.it*, p. 126 ss.; P. IELO, *Responsabilità degli enti e reati tributari*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2020, p. 9 ss.; F. CONSULICH, *Il diritto di Cesare. Lo stato del diritto penale tributario al volgere del decennio*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, 2020, p. 1352 ss.

⁽³⁶⁾ *Ex multis*, cfr. F. BASILE, *Riflessioni de lege ferenda sul recepimento della Direttiva - PIF: la repressione delle frodi e lo strano caso dell'art. 316-ter c.p.*, in *Dir. pen. Cont.*, 2019, p. 1 ss.; G. BONDI, *La direttiva relativa alla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Problematiche e prospettive in vista della scadenza dell'obbligo di attuazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, p. 676 ss.; F.C. La VATTIATA, *La nuova direttiva PIF. Riflessioni in tema di responsabilità da reato degli enti giuridici, gruppi societari e reati tributari*, in *Giur. pen.*, 2019, n. 9, p. 1 ss.; A. SPENA, *La protezione penale degli interessi finanziari UE: considerazioni sparse a un anno dalla Direttiva 2017/1371*, in *Riv. dir. alimentare*, 2018, n. 3, p. 28 ss.

A tal proposito una premessa è necessaria. L'ampliamento del catalogo dei reati presupposto ai delitti tributari non rappresenta una novità assoluta nell'ambito della cultura della *compliance* di impresa, dato che l'ente veniva già chiamato ad adottare modelli in grado di prevenire la commissione di reati collegati o interdipendenti con l'illecito tributario, come il riciclaggio o l'auto-riciclaggio. Ciò in quanto, nonostante la mancata inclusione nel catalogo, la giurisprudenza, eludendo il principio di legalità richiamato anche nel Decreto 231 all'art. 2, ha trascinato gli illeciti tributari nella sfera applicativa della responsabilità dell'ente, attraverso ora la contestazione del reato associativo anche transnazionale, finalizzato alla commissione di reati tributari, ora del delitto di riciclaggio o auto-riciclaggio aventi come presupposto un reato fiscale⁽³⁷⁾.

In ogni caso, nell'implementazione della *tax compliance*, oggi l'ente potrà sicuramente avvalersi del modello di *Tax Control Framework* in materia tributaria, di cui agli artt. 3 e ss. del D.Lgs. n. 128 del 2015, ideato per un controllo omologo nell'ambito del regime di adempimento collaborativo. Al pari dei *compliance programs*, infatti, il sistema di rilevazione misurazione e monitoraggio del rischio fiscale deve necessariamente prevedere, come in parte anticipato, procedure di *risk assessment* e di *risk management*.

Infatti, il *Tax Control Framework* demanda all'ente il compito di attuare una *tax strategy compliance*, di strutturare un modello che preveda esattamente una mappatura del rischio ed una proceduralizzazione dei comportamenti conformi a normativa, che interessi tutti. Dal CEO, alla dirigenza e al CFO, fino ai consulenti esterni; tutti questi soggetti sono chiamati a conformare la propria attività, in modo che l'impresa possa assumere un regime fiscale, oltre che lecito, virtuoso. Allo stesso modo di quanto dovrebbe fare il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo, il TCF impone all'ente di organizzarsi in modo tale da impedire di soccombere alle variabili fiscali commettendo un illecito o anche un semplice inadempimento per un difetto dell'organizzazione.

Senza considerare che al pari di quanto accade nel sistema 231, il TCF impone una *segregazione dei ruoli* e un'attività di monitoraggio costante sul modello⁽³⁸⁾, idonea a evidenziare carenze e individuare i meccanismi di

(37) Cfr. P. SEVERINO, *L'inserimento dei reati tributari nel d.lgs. n. 231/2001*, cit., pp. 128-129; A. GULLO, *Auto-riciclaggio e reati tributari*, in *Dir. Pen. Cont.*, del 13 marzo 2018.

(38) Al riguardo, i controlli che possono essere svolti per valutare l'adeguatezza di un TCF si distinguono essenzialmente in due tipologie: *test of design* e *test of effectiveness*.

Il primo prevede lo svolgimento di procedure di test dirette a valutare se il sistema di controllo si possa considerare adeguato, ossia se il controllo stesso è stato disegnato in

correzione. Tuttavia, se nel sistema 231, il compito di monitorare circa l'efficacia, l'implementazione e la corretta attuazione del modello spetta all'Organismo di Vigilanza, il sistema delineato con il d.lgs. n. 128/2015 non sembra affidare questo ruolo direttamente ad un organo indipendente o separato dall'organo di gestione, come potrebbe essere anche il collegio sindacale, quanto piuttosto proprio al *management*.

Nonostante le diverse similitudini esistenti e la chiara capacità dei due sistemi di integrarsi per strutturare una complessiva politica di *governance* dell'impresa tesa alla prevenzione del rischio tributario, rimangono comunque alcune differenze che rendono improbabile una piena sovrapposizione e integrazione fra i due modelli⁽³⁹⁾. In questo senso, sia la sola adozione del TCF in assenza di un Modello di organizzazione, gestione e controllo adeguato, sia la sua assimilazione all'interno, al contrario, di un Modello efficace, non possono determinare di per sé l'esclusione dell'insorgenza di profili di responsabilità penale dell'ente per reati tributari. Tuttavia, l'adozione del *Tax Control Framework* e l'adesione al regime di adempimento collaborativo potrebbero essere dirimenti per scongiurare la responsabilità amministrativa *tout court* dell'ente, di cui al D.Lgs. n. 472/1997. Inoltre, sebbene entrambi i sistemi siano finalizzati alla prevenzione e ad assicurare una *compliance* dell'ente, le differenze si colgono in realtà nel momento in cui si rileva che la funzione preventiva del rischio hanno un'ampiezza e una finalità diversa.

Nel caso del TCF, di cui al D.Lgs. n. 128/2015, il sistema di autovalutazione che l'ente adotta è finalizzato a favorire la conformità agli obblighi fiscali in regime di trasparenza e leale collaborazione con l'Amministrazione finanziaria. L'idoneità del TCF adottato va dunque valutata con riguardo al rischio fiscale nel suo complesso, inteso come pericolo di operare in violazione di una norma tributaria o in contrasto con i principi e le finalità dell'ordinamento tributario. Esprime inoltre una finalità deflattiva ri-

maniera idonea a prevenire o individuare operazioni suscettibili di determinare violazioni di norme tributarie.

Il metodo usato in via principale all'interno del test of design è il "walkthrough", cioè una procedura in base alla quale per ogni singola transazione effettuata viene ripercorso il c.d. flusso di processo seguito dal responsabile del controllo in fase di svolgimento del controllo stesso. La seconda tipologia di controllo, invece, prevede lo svolgimento di procedure atte a valutare se il controllo abbia operato in modo continuativo, come inizialmente previsto, e se si sia effettivamente svolto in maniera corretta.

⁽³⁹⁾ Cfr. P. IELO, *Responsabilità degli enti e reati tributari*, cit., pp. 16-17; M. BEL-LACOSA, *L'inserimento dei reati tributari nel "sistema 231": dal rischio di bis in idem alla implementazione del modello organizzativo*, in *Atti del Webinar. Tax compliance, responsabilità degli enti e reati tributari*, cit., p. 143.

spetto ai procedimenti di ispezione e di accertamento e del contenzioso tributario, assicurando al tempo stesso la percezione del tributo dovuto. Nel caso del Modello di cui al Decreto 231, invece, il rischio va sempre considerato nella prospettiva della prevenzione del solo reato fiscale specificamente previsto nel catalogo, quale fattispecie presupposto per il quale l'ente risponde a causa di una colpa in organizzazione, dunque per *deficit* organizzativo, tale da non aver consentito la massima riduzione del rischio-reato⁽⁴⁰⁾. In questo caso, è quindi l'atteggiamento complessivo dell'ente rispetto al reato fiscale ad essere valutato⁽⁴¹⁾, ovvero la capacità dell'organizzazione imprenditoriale di impedire e prevenire che i soggetti apicali o dipendenti in esso operanti possano porre in essere un illecito a suo «interesse» e «vantaggio».

È di tutta evidenza, dunque, come l'area del rischio del TCF sia sicuramente più ampia, poiché non limitata esclusivamente ai delitti tributari di cui al D.Lgs. n. 74 del 2000, ma orientata a gestire il complesso di comportamenti non aventi direttamente una rilevanza penale, come quelli rientranti nell'alveo dell'elusione fiscale o dell'abuso del diritto. Tuttavia, proprio il riferimento alle ipotesi di elusione fiscale, serve per dimostrare come i due sistemi, seppur diversi, debbano necessariamente dialogare per assicurare la piena *compliance* dell'ente: il TCF non può che agevolare la migliore implementazione e applicazione del Modello 231.

Infatti, nonostante la riforma di cui al D.Lgs. n. 128 del 2015 abbia categoricamente escluso la rilevanza penale della condotta elusiva ed abusiva, affermando chiaramente il principio all'interno dell'art. 10-*bis* dello Statuto del Contribuente, la giurisprudenza successiva è stata comunque in grado di recuperarne la rilevanza, vanificando così lo spirito della riforma⁽⁴²⁾.

⁽⁴⁰⁾ Sulla funzione esimente del modello e sulla riduzione del rischio da reato, si veda C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo") ex d.lgs. n. 231/2001*, in *Cass. Pen.*, 2013, p. 376 ss.

⁽⁴¹⁾ Cfr. V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. n. 231/2001: incertezze dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2011, p. 69 ss.

⁽⁴²⁾ Si veda Corte Cass., Sez. III Pen., 7 ottobre 2015, n. 40272, Mocali, con nota di F. URBANI, *Elusione fiscale alla luce del nuovo art. 10-bis: qualche margine residuo di rilevanza penale?*, in *Cass. Pen.*, 2016, p. 941 ss.; F. MUCCIARELLI, *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di cassazione fissa limiti e ambiti applicativi* in *www.penalecontemporaneo.it* del 9 ottobre 2015. Viene valorizzato, in particolare, il concetto di simulazione, come assenza di funzione economico sociale del negozio e non nel senso in cui è definito dall'art. 1, lett. g-*bis*) del d.lgs. n. 74/2000, vale a dire come operazione finalizzata a non produrre in tutto o in parte gli effetti giuridici propri.

In questo senso la mappatura dei rischi predisposta con il TCF e i momenti di confronto e contraddittorio promossi con l'Agenzia delle Entrate non potranno che fungere da strumento per orientare l'ente a prevenire il rischio da reato fiscale anche per quelle fattispecie *border line*, rispetto alle quali il solo Modello 231 può risultare eccessivamente rigido nel comprendere le sfumature sottese alle condotte elusive o abusive che possano essere qualificate dalla giurisprudenza come tipiche di condotte di evasione. Allo stesso tempo, sarà sicuramente più difficile per il giudice penale attribuire all'ente, in autonomia, la responsabilità penale per colpa in organizzazione per una condotta posta in essere dall'organo manageriale ma ritenuta *compliant* dall'Agenzia delle Entrate, seppur finalizzata all'ottenimento del maggior risparmio di imposta.

Altra differenza sostanziale, come già in parte anticipato, si ricava dal fatto che il modello del *Tax Control Framework* non prevede l'attribuzione della funzione di monitoraggio ad un organo indipendente quale l'ODV che, invece, nel sistema 231 è assolutamente fondamentale per garantire la corretta efficienza ed efficacia del Modello, dunque per accertare eventuali profili di colpa in organizzazione dell'ente. Nei sistemi di controllo fiscale, invece, il processo di controllo è affidato ad organi gestionali o comunque operativi, dunque, a quei soggetti che svolgono una funzione manageriale e che concorrono contemporaneamente alla configurazione delle procedure da adottare per la prevenzione del rischio fiscale.

Infine, anche se questa è probabilmente la differenza di minor rilievo, il sistema di controllo del rischio fiscale del TCF non richiede l'introduzione di un sistema disciplinare che sanzioni il mancato rispetto delle misure indicate nel modello, né alcuna previsione in tema di segnalazione e tutela dei *whistleblower* (rispettivamente comma 2, lett. e comma 2-bis, art. 6 D.Lgs. n. 231 del 2001).

Ebbene, al netto delle differenze che ostano ad una sovrapposizione fra i due sistemi, è comunque possibile affermare che l'adozione del TCF possa produrre degli effetti positivi anche rispetto ai profili di responsabilità penale dell'ente. Non è peregrino potere affermare che il TCF — come nell'esempio sull'elusione fiscale — possa in qualche modo mitigare la responsabilità penale dell'ente, graduando la colpa in organizzazione, se non addirittura comportare da parte del giudice penale una positiva valutazione nei confronti del modello di auto-normazione, allorquando l'illecito venga commesso: 1) *a fronte di un TCF adottato dall'ente e che abbia consentito l'adesione al regime di adempimento collaborativo*; 2) *in presenza di una valutazione positiva da parte dell'Agenzia delle Entrate circa la pianificazione fiscale adottata dall'ente e dell'adeguata corresponsione dei tributi dovuti*; 3) *quando le procedure oggetto del TCF e validate dall'Amministrazione finan-*

ziaria siano state utilizzate per implementare, aggiornare e migliorare il Modello 231 rispetto al rischio da reato fiscale.

Del resto, sarebbe oltremodo avvilente ritenere che l'inidoneità del Modello possa essere comunque desunta dalla sola circostanza che il reato fiscale si sia realizzato. Questa appare invero la sede privilegiata per assegnare un valore effettivo e dirimente all'esperienza di cooperazione pubblico-privato di matrice fiscale anche in ambito penale. In particolare, in sede di accertamento della validità ed efficacia del modello e della colpa in organizzazione bisognerebbe attribuire una qualche efficacia probatoria all'intervento dell'Agenzia delle Entrate che abbia dato attestazione della conformità dell'assetto fiscale adottato dall'ente e dall'adeguatezza del TCF di prevenire il rischio fiscale. La valorizzazione di questa componente potrebbe essere particolarmente utile a superare e ad abbandonare gli schemi presuntivi di accertamento della responsabilità penale dell'ente, fondati essenzialmente sulla sfiducia nella capacità di auto-normazione dell'impresa.

Di questa esigenza sembra essersi già accorta la Polizia Tributaria. Con la Circolare n. 216816/2020, del 1° settembre 2020, la GDF ha infatti fornito ai propri reparti indicazioni operative relative alla disciplina in materia di reati tributari. In particolare, si evidenzia come, al fine di accertare la colpa organizzativa dell'ente, quale presupposto per l'attribuzione della responsabilità penale per delitti tributari, la polizia tributaria debba tener conto anche del TCF e delle misure da questo esplicitate per garantire la *compliance* complessiva dell'ente. Tant'è vero che all'interno della stessa Circolare si afferma che: «*Ciò nonostante non pare esservi dubbio che, quantomeno con riguardo alle aree comuni ai due sistemi, il positivo giudizio espresso dall'Agenzia delle Entrate ai fini dell'ammissione all'adempimento collaborativo possa costituire un utile elemento di valutazione dell'efficacia esimente del modello previsto dal d.lgs. n. 231/2001, da rimettere alle autonome valutazioni dell'Autorità giudiziaria*»⁽⁴³⁾.

Probabilmente, dunque, ciò che si auspica possa accadere è che già in fase di indagine, proprio l'esame del TCF possa determinare gli organi inquirenti a non azionare la leva penale nei confronti dell'ente, riconoscendo così quell'efficacia esimente così tanto agognata in ambito 231, in merito al quale una riforma complessiva del modello di responsabilizzazione dell'ente per fatti di reato non può più attendere.

⁽⁴³⁾ Comando Generale della Guardia di Finanza, Circolare n. 216816/2020 - Modifiche alla disciplina dei reati tributari e della responsabilità amministrative degli enti, p. 16.

Bibliografia

- AMATUCCI F., *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'OCSE e dell'UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva*, in *Riv. Trim. dir. Trib.*, 2015, pp. 3-26.
- ANTICO G., GENOVESI M., *Valido l'atto di accertamento basato su elementi raccolti senza le garanzie difensive in ambito penale*, in *Il Fisco*, 2018.
- ANTONINI L., *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996.
- BAMBINO M., *La ripartizione (non sempre equa) dell'onere della prova nel processo tributario tra amministrazione finanziaria e contribuente*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2018, pp. 1896-1981.
- BASILE F., *Riflessioni de lege ferenda sul recepimento della Direttiva PIF: la repressione delle frodi e lo strano caso dell'art. 316-ter c.p.*, in *Dir. pen. Cont.*, 2019, pp. 1-20.
- BELLACOSA M., *L'inserimento dei reati tributati nel "sistema 231": dal rischio di bis in idem alla implementazione del modello organizzativo*, in *Atti del Webinar. Tax compliance, responsabilità degli enti e reati tributari. Una riflessione alla luce della legge n. 157/2019, 15 maggio 2020*, in *www.sistemapenale.it*, pp. 137-144.
- BONDI G., *La direttiva relativa alla tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Problematiche e prospettive in vista della scadenza dell'obbligo di attuazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2018, pp. 676-693.
- CAPOLUPO S., *Poteri istruttori della Guardia di Finanza e garanzie difensive del contribuente*, in *Il Fisco*, 2018, pp. 803-807.
- CARDILLO M., *La voluntary disclosure: aspetti critici*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2015, pp. 906-923.
- CERRATO M., *La procedura di cooperazione e collaborazione rafforzata in materia di stabile organizzazione (c.d. web tax transitoria)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2017, pp. 751-778.
- COCIANI F.S., *Il contraddittorio preventivo di nuovo all'attenzione della Consulta. Verso il riconoscimento del principio del giusto procedimento?*, in *Rass. Trib.*, 2019, pp. 531-573.
- CONSULICH F., *Il diritto di Cesare. Lo stato del diritto penale tributario al volgere del decennio*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, 2020, pp. 1352-1402.
- DONINI M., *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014.
- EINAUDI L., *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Torino, 1940.
- FAZIO A., *L'interpello tributario nella prospettiva della responsabilità sociale di impresa*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2019, pp. 542-571.
- FERLAZZO NATOLI L., *Fattispecie tributaria e capacità contributiva*, Milano, 1979.
- FINOCCHIARO S., *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al d.lgs. n. 158/2015*, in *www.penalecontemporaneo.it*, del 9 ottobre 2015.
- FLICK G.M., *Reati fiscali, principio di legalità e "ne bis in idem": variazioni italiane su un tema europeo*, in *Rass. Trib.*, 2014, pp. 939-960.
- FLICK G.M., *Abuso del diritto ed elusione fiscale, quale rilevanza penale?*, in *Giur. Comm.*, 2011, pp. 465-485.
- FONDAROLI D., *La prevenzione patrimoniale: dall'applicazione in ambito penale-tributario all'amministrazione giudiziaria dei beni*, in *Riv. It. Dir. e proc. Pen.*, 2017, pp. 600-613.

- FREDIANI E., *Vigilanza collaborativa e supporto "in itinere" delle stazioni appaltanti. La funzione pedagogica dell'ANAC*, in *Dir. e proc. Amm.*, 2018, pp. 151-169.
- GALLO F., *Il "ne bis in idem" in campo tributario: un esempio per riflettere sul "ruolo delle Alte Corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in *Rass. Trib.*, 2017, pp. 915-928.
- GALLO F., *Brevi considerazioni sulla definizione di abuso del diritto e sul nuovo regime del c.d. adempimento collaborativo*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2014, pp. 947-953.
- GATTA G.L., *I profili di responsabilità penale nell'esercizio della Corporate Tax Governance*, in G. MARINO (a cura di), *Corporate Tax Governance. Il rischio fiscale nei modelli di gestione dell'impresa*, Milano, 2018.
- GIARDA A., PERINI A., VARRASO G., *La nuova giustizia penal tributaria*, Padova, 2016.
- GRIZIOTTI B., *Principii, Principii di politica, diritto e scienza delle finanze*, Padova, 1929.
- GUETTA G., *La delega fiscale per un nuovo rapporto Fisco-contribuente*, in *Corr. Trib.*, 2014, p. 3013 ss.
- GULLO A., *Auto-riciclaggio e reati tributari*, in *Dir. Pen. Cont.*, del 13 marzo 2018.
- IELO P., *Responsabilità degli enti e reati tributari*, in *Resp. Am. Soc. enti*, 2020, p. 9-20.
- INGRASSIA A., *Le caleidoscopiche ricadute penalistiche della procedura di voluntary disclosure: causa sopravvenuta di non punibilità, autodenuncia e condotta penalmente rilevante*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11 maggio 2015.
- LANG M., PISTONE P., RUST A., SCHUCH J., STARINGER C., *Base erosion and profit shifting (BEPS). The proposal to Revise the OECD Model Convention*, Wien, 2016.
- LA ROSA S., *Cinque quesiti in tema di "contraddittorio endoprocedimentale" tributario*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2020, pp. 296-320.
- LA VATTIATA F.C., *La nuova direttiva PIF. Riflessioni in tema di responsabilità da reato degli enti giuridici, gruppi societari e reati tributari*, in *Giur. pen.*, 2019, n. 9, pp. 1-10.
- LEO M., *Raddoppio dei termini e voluntary disclosure: tutto risolto?*, in *Il Fisco*, 2015, p. 2017 ss.
- MANZONI I., *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965.
- MAUGERI A.M., *Un ulteriore sforzo della Suprema Corte per promuovere uno statuto di garanzie nell'applicazione di forme di confisca allargata: art. 240-bis c.p. Irretroattività e divieto di addurre l'evasione fiscale nell'accertamento della sproporzione*, in *Sist. Pen.*, 2020, pp. 203-228.
- MELIS G., *Tax Compliance e sanzioni tributarie*, in *Rass. Trib.*, 2017, pp. 751-767.
- MELIS G., *Capacità contributiva (principio di)*, in *Digesto discipline pubblicistiche - VII agg.*, Torino, 2017, pp. 106-132.
- MONGILLO V., *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. n. 231/2001: incertezze dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2011, pp. 69-100.
- MUCCIARELLI F., *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di cassazione fissa limiti e ambiti applicativi* in *www.penalecontemporaneo.it* del 9 ottobre 2015.
- PERINI A., *La riforma dei reati tributari*, in *Dir. Pen. e proc.*, 2016, pp. 14-36.

- PERRONE A., *L'equa tassazione delle multinazionali in Europa: imposizioni sul digitale o regole comuni per determinare gli imponibili?*, in *Riv. trim. dir. Trib.*, 2019, pp. 63-94.
- PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, in *Cass. Pen.*, 2013, pp. 376-399.
- PIRES M., *Tax morality and legal certainty in the XXXI century*, in *Dir. E prat. Trib. Int.*, 2017, pp. 116-130.
- ROMANO M., *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. Dir. e proc. Pen.*, 2016, pp. 1674-1696.
- ROSEMBUJ T., *Tax Morale*, Barcelona, 2016.
- SANVITO C., *La voluntary disclosure evita la confisca di prevenzione sui proventi dei reati tributari?*, in *Il Fisco*, 2015, p. 838 ss.
- SEVERINO P., *L'inserimento dei reati tributati nel d.lgs. 231/2001. Tra osservazioni de jure condito e prospettive de jure condendo*, in *Atti del Webinar "Tax compliance, responsabilità degli enti e reati tributari. Una riflessione alla luce della legge n. 157/2019, 15 maggio 2020*, in www.sistemapenale.it, pp. 126-130.
- SGUBBI F., *Nuova prescrizione e nuova confisca penale tributaria (un connubio che inquieta)*, in www.discrimen.it, 10 gennaio 2020.
- SGUBBI F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019.
- SPENA A., *La protezione penale degli interessi finanziari UE: considerazioni sparse a un anno dalla Direttiva 2017/1371*, in *Riv. dir. alimentare*, 2018, n. 3, pp. 1-21.
- TRIPODI A.F., *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e violazioni tributarie: la quiete dopo la tempesta*, in *Le Società*, 2018, pp. 80-92.
- TROYER L., *La rilevanza penale dell'elusione tra Suprema Corte e Legislatore dopo la sentenza D&G*, in *Le Società*, 2012, pp. 692-702.
- URBANI F., *Elusione fiscale alla luce del nuovo art. 10-bis: qualche margine residuo di rilevanza penale?*, in *Cass. Pen.*, 2016, pp. 941-954.
- VALENTE P., HAYES I., BARMENTLO D., *Il Model Taxpayer Charter. Statuto dei diritti e dei doveri del Contribuente, Cooperazione con il Fisco tra Tax Governance e Tax Compliance*, in *Il Fisco*, 2013, p. 5570 ss.
- VIGANÒ F., *Ne bis in idem e omesso versamento IVA: la parola alla Corte di Giustizia*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 settembre 2015.

Sezione III

RESPONSABILITÀ DELLE PERSONE GIURIDICHE: VERSO UN NUOVO STATO DI DISCIPLINA?

ELIANA GRECO

**DAL VENIRE MENO DEL « MONISMO » GIURIDICO
ALLA LEGITTIMAZIONE DEL FENOMENO AUTO-NORMATIVO.
IL SELF-REGULATORY MODEL NEL SISTEMA DI
RESPONSABILITÀ DA REATO DELLE PERSONE GIURIDICHE.**

SOMMARIO: 1. Premessa (I). «Non siamo mai stati moderni». — 2. Premessa (II). Le radici storico-filosofiche dell'auto-normazione e il tramonto del «monismo giuridico». «Razionalità indolente» e ritorno ai «contesti» quali produttori di ordine sociale. — 3. Imperativi autonomi, imperativi eteronomi. Fenomeno auto-normativo e ordinamento penale. — 4. Le ragioni del ricorso alla dinamica auto-normativa nel settore della responsabilità da reato degli enti. — 5. Positivizzazione delle cautele e *self-regulatory model*, nel solco di una auto-normazione «delegata» di tipo «coattivo».

1. Premessa (I). «Non siamo mai stati moderni»⁽¹⁾.

«Tutto il diritto è contestuale. La decontestualizzazione» compiuta dalla scienza positiva «si fonda sulla conversione della giuridicità in uno spazio astratto (vuoto: cioè suscettibile di essere occupato) e in un tempo astratto (cronologico: cioè suscettibile di essere misurato), a loro volta trasformati in espressioni di universalità⁽²⁾».

La tendenza alla riduzione della complessità, al «livellamento» delle fonti e all'assorbimento del particolarismo — che aveva ancora contraddistinto l'età premoderna, con la giurisdizione dei Grandi Tribunali e la

⁽¹⁾ Cfr. B. LATOUR, *Non siamo mai stati moderni*, Elèuthera, Milano, 2018; ne discorre M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *Sist. pen.*, 5 marzo 2020, p. 51.

⁽²⁾ In questi termini, B. DE SOUSA SANTOS, *Lo stato e il diritto nella transizione postmoderna*, in *Sociologia del diritto*, n. 3/1990, p. 23. Nel pensiero dell'Autore, «tutto il diritto è contestuale» in quanto ogni contesto, non solo quello statale, è potenzialmente in grado di produrre diritto.

forza vincolante dell'*aequitas*⁽³⁾ — si pone quale carattere essenziale delle codificazioni del XIX secolo⁽⁴⁾.

«La teoria statualistica del diritto è il prodotto storico della formazione dei grandi Stati moderni, sorti sulla dissoluzione della società medievale» e formatisi mediante un meccanismo di «eliminazione [...] degli ordinamenti superiori e inferiori alla società nazionale», con «un processo che si potrebbe chiamare di “monopolizzazione della produzione giuridica”⁽⁵⁾».

Questa fase della storia del diritto ha ideologicamente e cronologicamente avvio con la codificazione francese del 1804, la quale «demitizza le fonti altre⁽⁶⁾» e diviene, per i giuristi, segno evidente di un «monopolio di ceto» ma anche di «ordine, stabilità sociale, consacrazione dei nuovi assetti [...] e», al contempo, «salvataggio della tradizione [...]»⁽⁷⁾. Inizia, così, ad affermarsi quell'idea secondo cui ci sia coincidenza tra diritto e legge, tra *Nomos* e *Gesetz*, e che in quel rapporto, in quella *esatta corrispondenza*, il diritto stesso si esaurisca. L'intendimento che ha per molto tempo attraversato il pensiero giuridico occidentale — e che ha ricevuto la più significativa validazione con il Positivismo e i suoi precursori⁽⁸⁾ — è

(3) Cfr., su questi temi, ampiamente: A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Giuffrè, Milano, 2005, pp. 553 ss.; I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 539 ss.; M. FIORAVANTI, *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2002, pp. 3 ss.; A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Il Mulino, Bologna, 2003.

(4) Cfr. sempre la bibliografia richiamata nella precedente nota. Cfr., altresì, P. CAPPELLINI, *Codici*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, cit., pp. 102-138 e ID., *Il codice eterno. La forma codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, in P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 11-68, ove si allude all'idea di codice come modello idealtipico della modernità, che si impone — con modalità quasi assolutistiche — come mezzo di riduzione della complessità delle fonti del diritto.

(5) Sul punto, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, p. 10.

(6) Cfr. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, cit., pp. 539 ss.

(7) Cfr. sempre A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, cit., pp. 553 ss. e P. CAPPELLINI, *Codici*, cit., pp. 102 ss.

(8) Cfr., sul Positivismo giuridico, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1976, pp. 16 ss., 59 ss. e p. 118; N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 35 ss.; U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato in omaggio a Norberto Bobbio*, in *Riv. fil.*, 1989, pp. 461-475; N. MATTEUCCI, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, pp. 985-1100.

quello che ravvisa nel «monismo giuridico» — cioè nel postulato in base al quale esisterebbe *un solo ordinamento*⁽⁹⁾ — una categoria ordinante: costruito, questo, che, in sostanza, riduce il concetto di diritto alla dimensione della sua validità, secondo un criterio di legittimazione delle fonti che segue una scala gerarchica di tipo gradualista⁽¹⁰⁾.

Senonché, «la narrazione [...] moderna, che ha a lungo alimentato» gli assetti teorici «e l'immaginario della comunità scientifica e ha ispirato il modello formativo del giurista dell'Europa continentale, non ha mai corrisposto alla concreta esperienza giuridica. Dobbiamo riconoscere che» scrive MASSIMO VOGLIOTTI riprendendo un adagio di BRUNO LATOUR, «nei fatti, *non siamo mai stati davvero moderni*, anche se lo abbiamo a lungo e pervicacemente creduto, a tal punto che, ancora oggi, presso una parte [...] consistente della comunità scientifica, quella narrazione continua a condizionare il modo di vedere e di valutare il [...] diritto⁽¹¹⁾».

2. Premessa (II). Le radici storico-filosofiche dell'auto-normazione e il tramonto del «monismo giuridico». «Razionalità indolente» e ritorno ai «contesti» quali produttori di ordine sociale.

Venendo al macro-tema entro il quale le presenti riflessioni si inseriscono — e cioè quello relativo al rapporto tra fenomeno auto-normativo e ordinamento penale⁽¹²⁾ — occorre preliminarmente osservare che il fonda-

⁽⁹⁾ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 276.

⁽¹⁰⁾ *Ivi*, p. 275.

⁽¹¹⁾ Così M. VOGLIOTTI, *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, cit., p. 51. Cfr. altresì B. LATOUR, *Non siamo mai stati moderni*, cit.; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 21 ss.; ID., *La «rhapsodie»: fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser la production juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champ pénal*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2001, pp. 141 ss.; A. KAUFMANN, *La filosofia del diritto oltre la modernità*, in ID., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 254 ss.; F. OST, *Le temps virtuel des lois contemporaines ou comment le droit est traité dans la société de l'information*, in *Le Journal des tribunaux*, 5828, 1997, pp. 53 ss.; J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Milano, Feltrinelli, 1981.

⁽¹²⁾ Cfr., di recente, l'ampia analisi di S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1931 ss. e di D. BIANCHI, *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 1477 ss. Sul rapporto tra auto-normazione e diritto penale, cfr. C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 376 ss. (Parte I) e 845 ss. (Parte II); ID., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 261 ss.; ID., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in AA.VV., *La crisi*

mento stesso delle dinamiche auto-regolative, secondo i tratti definitivi che si analizzeranno⁽¹³⁾, non può prescindere da una teoria generale del diritto che riconosca e cristallizzi l'idea della *pluralità degli ordinamenti*.

Laddove, cioè, esista una concezione di tipo statalista, tale modello non può trovare legittimi spazi d'incidenza.

Come è stato autorevolmente affermato, «i processi attraverso cui l'ideologia universalistica [...] è venuta meno sono principalmente due⁽¹⁴⁾»: da un lato, lo sviluppo, sotto l'influenza della filosofia idealista *post*-kantiana, della Scuola Storica, la quale ha radicalmente trasformato la nozione stessa di «scienza giuridica» — che diviene, come più avanti meglio si dirà, scienza *autonoma*, operante con metodo *sistematico* — e, dall'altro, la presa d'atto, a partire dagli scritti di SANTI ROMANO, della insufficienza delle formule che avevano attribuito rilievo alla sola dimensione «legislativa». «Le definizioni che del diritto, in senso obbiettivo, sono state date hanno tutte, senza alcuna eccezione», si legge, difatti, nel § 1 del Volume *L'ordinamento giuridico*, «un elemento comune, che rappresenta il *genus proximum* cui quel concetto si riduce. Esse, cioè, affermano concordemente che il diritto costituisce una regola di condotta»: tale assunto, «pur non essendo, almeno in un certo senso e per certi fini, inesatto, è tuttavia, considerato in sé e per sé, inadeguato e insufficiente⁽¹⁵⁾».

L'essenza della riflessione di SANTI ROMANO si rinviene, più in particolare, nel par. 10 dell'opera richiamata: (i) il diritto «deve ricondursi al concetto di società⁽¹⁶⁾»; (ii) «il concetto di diritto deve contenere l'idea di ordine sociale⁽¹⁷⁾»; (iii) «l'ordine sociale che è posto dal diritto non è quello che è dato dalla esistenza, comunque originata, di norme che disciplinano i rapporti sociali: esso non esclude tali norme, anzi se ne serve e le comprende nella sua orbita, ma, nel medesimo tempo, le avanza e le supera⁽¹⁸⁾». Con un significato che in parte differisce da quello che ricorre nel linguaggio comune, anche *extra*-giuridico, Egli elabora la teoria secondo la quale l'ordinamento si identifica *non* con la norma promanante

della legalità. Il “*sistema vivente*” delle fonti penali, ESI, Napoli, 2015, pp. 117-144; V. MUSCATIELLO, *Il ruolo della auto-normazione nel diritto penale della società del rischio. L'euristica del prima, la maledizione del dopo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2020, pp. 311-383; V. TORRE, *La «privatizzazione» delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, BUP, Bologna, 2013.

⁽¹³⁾ Cfr. *infra*, par. 3.

⁽¹⁴⁾ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 276.

⁽¹⁵⁾ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Quodlibet, Macerata, 2018, p. 22.

⁽¹⁶⁾ *Ivi*, p. 37.

⁽¹⁷⁾ *Ivi*, p. 38.

⁽¹⁸⁾ *Ivi*, p. 38.

dallo Stato, bensì con il concetto di «*istituzione*»: partendo dal pensiero del filosofo francese HARIOU, ma in larga parte confutandolo — specie nella misura in cui quest'ultimo forniva della categoria di «*istituzione*», da una parte, una definizione troppo ampia e, dall'altra, paradossalmente, ne limitava l'applicazione a poche tipologie di organizzazioni sociali⁽¹⁹⁾ — SANTI ROMANO inquadra tale costrutto come ogni «ente o corpo sociale» dotato di «un'esistenza obbiettiva e concreta», di una «individualità [...] esteriore e visibile⁽²⁰⁾», che è «manifestazione della natura sociale e non puramente individuale dell'uomo⁽²¹⁾» e che, soprattutto, si presenta come «ente chiuso⁽²²⁾», come «unità ferma e permanente», la quale «non perde la sua identità per il mutarsi dei singoli suoi elementi⁽²³⁾». Così strutturata, la teoria istituzionalista «ha avuto» insomma, al netto delle obiezioni alle quali certamente si è esposta, «il grande merito, pur prescindendo dal suo significato ideologico, di mettere in rilievo il fatto che si può parlare di diritto soltanto dove vi sia un complesso di norme formanti un ordinamento e che pertanto il diritto non è norma, ma insieme coordinato di norme⁽²⁴⁾».

Si tratta, solo per inciso, di una teorica che presenta alcuni aspetti comuni — oltre che con quella luhmaniana relativa ai sistemi autopoietici, alla quale pure il fenomeno auto-normativo andrebbe in parte ricondotto⁽²⁵⁾ — con l'analisi sviluppata, in tempi più recenti, negli ambienti

⁽¹⁹⁾ *Ivi*, p. 42; cfr. altresì M. HARIOU, *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*, in *Cahiers de la Nouvelle Journée*, 1925, pp. 1-25.

⁽²⁰⁾ Cfr. sempre S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 44.

⁽²¹⁾ *Ivi*, p. 45.

⁽²²⁾ *Ivi*, p. 46.

⁽²³⁾ *Ivi*, p. 47.

⁽²⁴⁾ Cfr. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 15, il quale rileva una serie di limiti della teoria. «Anzitutto, la teoria dell'istituzione, credendo di combattere la teoria normativa demolendo la teoria statualistica del diritto, si pone un falso bersaglio [...]. La teoria normativa si limita ad affermare che il fenomeno originario dell'esperienza giuridica è la regola di condotta, mentre la teoria statualistica, oltre ad affermare che il diritto è un insieme di regole, afferma che queste regole hanno particolari caratteristiche (per esempio, di essere coattive) e, come tali, si distinguono da ogni altro tipo di regola di condotta. La teoria statualistica è una teoria normativa ristretta» (*ivi*, p. 13). Critiche di analoga portata sono mosse rispetto al concetto di «organizzazione», utilizzato dalla teoria istituzionalista, osservando che «non è vero che l'organizzazione venga prima delle norme, ma è vero l'opposto, che le norme vengono prima dell'organizzazione» (il punto di vista di Norberto Bobbio è comunque quello di un giurista positivista: di conseguenza, la teoria istituzionalista appare di difficile conciliabilità con le riflessioni sviluppate negli studi dell'Autore).

⁽²⁵⁾ Cfr., sul punto, N. LUHMANN, *La sociologia come teoria dei sistemi sociali*, in *Id.*, *Illuminismo sociologico*, Il Saggiatore, Milano, 1983, pp. 129-154; *Id.*, *Sistemi sociali*.

anti-positivisti, dalla «sociologia dei contesti», che incontra un significativo referente scientifico nel pensiero del sociologo portoghese BONAVENTURA DE SOUSA SANTOS e si inserisce nel solco degli studi *post*-coloniali volti a scardinare la «razionalità eurocentrica» — che Egli definisce «ragione indolente», in quanto sempre connessa alla «logica della scala dominante», di tipo «universale e globale» — promuovendo invece la costruzione di una «scienza sociale emancipativa⁽²⁶⁾», che sia in grado di valorizzare anche la componente particolaristica dell'accadere giuridico⁽²⁷⁾.

La critica al carattere egemonico del diritto «legislativo» presenta tuttavia, come si diceva, radici più antiche, che risalgono già al secolo XIX, con le elaborazioni della Scuola Storica, la quale, in modo analogo alla teoria istituzionalista, decostruisce l'identità «*Recht = Gesetz*». Secondo questa impostazione — che si rinviene dapprima negli scritti di FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY⁽²⁸⁾ — diritto è ciò che affiora dallo «spirito di un popolo», dal *Volksgeist*, ed è espressione di quella «coscienza», anche storica, che la classe dei giuristi ha il compito di individuare, interpretare e porre quale base regolativa dei rapporti sociali. Il diritto è descritto come parte dell'intera cultura di un Paese, laddove *cultura* è al contempo «tradizione spirituale» e «letteraria»: «la concezione culturale di “popolo”», scrive FRANZ VON WIEACKER, «emerge», del resto, «anche dal fatto che la vita giuridica [...] è», per l'appunto, «una componente individualizzata dell'intera vita di un popolo, che scaturisce tacitamente e necessariamente

Fondamenti di una teoria generale, Il Mulino, Bologna, 1990; ID., *Soziologie des Risikos*, Walter De Gruyter&Co., Berlin, 1991; ID., *La société comme difference*, in *Société*, n. 61/1998, pp. 19-38.

⁽²⁶⁾ Cfr., sul punto, B. DE SOUSA SANTOS, *Lo stato e il diritto nella transizione post-moderna*, cit.; cfr., altresì, G. RICOTTA, *Ripensare l'emancipazione sociale: sociologia delle assenze e delle emergenze*, in *Quaderni di teoria sociale*, 2019, p. 181.

⁽²⁷⁾ Da questo punto di vista, cfr. B. DE SOUSA SANTOS, *Lo stato e il diritto nella transizione postmoderna*, cit., pp. 22-23. «Pensare il diritto al di là della dicotomia Stato-società civile e di quelle che ad essa sono prossime, come le dicotomie pubblico-privato e formale-informale, esige una duplice ermeneutica: una ermeneutica negativa che critichi la supposta unicità e continuità della tradizione giuridica moderna e una ermeneutica ricostruttiva che recuperi e inventi le tradizioni e le pratiche soppresse dalla vigenza “universale” del canone moderno. Le due ermeneutiche non sono due procedimenti teorici autonomi; sono due momenti differenti della stessa ermeneutica critica.

L'ermeneutica critica del diritto moderno parte dall'idea che il progetto della modernità, pur essendo un retaggio culturale egemonico della nostra epoca contemporanea, non è, malgrado ciò, unica».

⁽²⁸⁾ Cfr., sul tema della Scuola storica del diritto, per tutti, F. (VON) WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 31-83; F.C. (VON) SAVIGNY, *Antologia di scritti giuridici*, Il Mulino, Bologna, 1980; G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1966.

dalla sua esperienza, allo stesso modo della lingua⁽²⁹⁾». A tali riflessioni — e allo storicismo di matrice *herderiana* che le ispira⁽³⁰⁾ — si connettono, come si anticipava, quelle relative alla costruzione del *diritto come scienza* (meglio, come *scienza storica*): nella celebre lezione sulla *Metodologia giuridica*, SAVIGNY aveva difatti delineato un programma di stretta connessione tra la *trattazione storica*, funzionale a individuare il materiale giuridico sedimentato nel tempo, e la *trattazione filosofica* di quel materiale, con lo scopo di «organizzar[lo] secondo una connessione sistematica interna». Si tratterebbe, insomma, «di una relazione metodologica tra materia e forma: il contenuto del sistema è la legislazione (norme giuridiche), ma, per poter riconoscere tali norme nella loro singolarità e nel loro complesso, è necessaria una mediazione logica⁽³¹⁾».

Questa concezione del diritto spiega peraltro l'avversione di SAVIGNY alle codificazioni moderne, giusnaturaliste e, per derivazione, al «monolitismo statalista»: la questione relativa all'opportunità di strumenti di assorbimento della complessità⁽³²⁾ si riassume, più in particolare, nell'alternativa tra il *Beruf* savigniano e la prospettiva espressa da THIBAUT nel saggio *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts*⁽³³⁾ e si appunta prevalentemente sulla ritenuta erroneità della pretesa di trasporre nella norma positiva di fonte statuale tutti gli aspetti del divenire fattuale dotati

⁽²⁹⁾ Cfr. F. (VON) WIEACKER, *op. cit.*, pp. 31-83.

⁽³⁰⁾ Cfr. J.G. (VON) HERDER, *Philosophical writings*, ed. a cura di M.N. FORSTER, Cambridge University Press, 2002.

⁽³¹⁾ Cfr. F.C. (VON) SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, Koehler, Stuttgart, 1951. Sul punto, ampiamente, F. (VON) WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., pp. 31-83. Cfr., altresì, A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Liguori, Napoli, 1976.

⁽³²⁾ Sul punto, tra gli altri, P. CAPPELLINI, *Codici*, cit., pp. 102-138 e ID., *Il codice eterno. La forma codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, cit., pp. 11-68.

⁽³³⁾ Sul punto, ampiamente, sempre F. (VON) WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, cit., pp. 31-83; F.C. (VON) SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814 (ed. it. a cura di A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, cit., pp. 79-95). Per il fatto di essere «anche e soprattutto un'idea» — è stato scritto — «il codice può subire una trasposizione, e dal piano terrestre delle comuni fonti del diritto giungere a incarnare un mito o un simbolo». Esso è, infatti, anzitutto «un atto di rottura con il passato»: non è soltanto un diverso modo di pensare «con respiro e ampiezza la vecchia *ordonnance* reale», ma è soprattutto nuova forma dell'ordine giuridico, istanza di svecchiamento, rinnovato sguardo sulle manifestazioni della giuridicità sedimentate nel tempo. Diffusamente, P. GROSSI, *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro*, in P. CAPPELLINI, B. SORDI (a cura di), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit., p. 579; sul punto, altresì, ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007.

di particolare salienza giuridica. Il dogma della completezza è stato peraltro oggetto di contestazione anche da parte di J.É.M. PORTALIS, nel *Discours préliminaire sur le projet de Code Civil*, il quale auspicava, per converso, una certa moderazione nell'evoluzione normativa, che fungesse da contrappeso razionalistico alla sovrabbondanza dei «prodotti» della legislazione⁽³⁴⁾.

3. Imperativi autonomi, imperativi eteronomi. Fenomeno auto-normativo e ordinamento penale.

«Se un ordinamento giuridico non è, staticamente considerato, completo [...], è però, dinamicamente considerato, *completabile*. Per completarsi», esso «può ricorrere a due metodi diversi, che possiamo chiamare, seguendo la terminologia di CARNELUTTI, di *eterointegrazione* e di *autointegrazione*⁽³⁵⁾», a seconda del fatto che si ricorra, per fini integrativi, al medesimo ordinamento o a ordinamenti diversi.

Le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti sono perciò funzionali ad affermare l'affidabilità di *due proposizioni*, parzialmente già espresse in apertura. Non può esservi, cioè, *auto-normazione* (né meccanismi che comportino alcuna forma di «integrazione»):

(i) se si disconosca l'esistenza di una *pluralità di ordinamenti giuridici*;

(ii) se si assuma come valida l'equazione secondo la quale *diritto e legge* siano nozioni totalmente equipollenti e sovrapponibili.

A ciò si aggiunga una specificazione ulteriore: la dinamica auto-regolativa trova fondamento, secondo le elaborazioni della filosofia del secondo Novecento, nella legittimità della distinzione, operata nell'ambito delle «proposizioni prescrittive», tra imperativi *autonomi*, «cioè quegli imperativi in cui colui che pone la norma e colui che la esegue sono la stessa persona» e imperativi *eteronomi*, quelli invece «in cui colui che pone la norma e colui che la esegue sono due persone diverse⁽³⁶⁾».

Se definiamo, in particolare, l'«archetipo auto-normativo» — pur consapevoli della difficoltà di attribuire alla nozione un significato univoco⁽³⁷⁾

⁽³⁴⁾ Si veda J. É. M. PORTALIS, *Discours préliminaire*, in P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, vol. I, Osnabrück, Zeller, 1968, pp. 463-523.

⁽³⁵⁾ In questi termini, N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 262.

⁽³⁶⁾ Così sempre N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 64.

⁽³⁷⁾ Sottolinea, infatti, S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, cit., pp. 1931 ss. come «la molteplicità e la varietà delle descrizioni offerte fa pensare che non esista una nozione di autonormazione universalmente riconosciuta come valida e che, forse, il compito di ricercarne una univoca vada conside-

— quale «produzione giuridica di un gruppo sociale diretta — almeno in prima battuta — a regolamentare sé medesimo, ma che è apprezzabile come tale solo in rapporto a un ordinamento “altro”⁽³⁸⁾», cioè come «autoimposizione di un vincolo normativo⁽³⁹⁾», occorre rilevare — giustapponendo, alle *due* già richiamate, una *terza proposizione* — come esso si ponga, in via di prima approssimazione, in antitesi rispetto all’ordinamento penale, governato, com’è noto, dal principio di stretta legalità⁽⁴⁰⁾.

Tale affermazione è vera, tuttavia, solo in parte. L’idea auto-regolativa non presenta, neppure in quest’area dell’ordinamento, un carattere di vera novità: essa è nondimeno sempre esistita e, anzi, tale esistenza ha avuto una genesi che potremmo dire «spontanea» in tutte quelle ipotesi in cui sia il tipo stesso ad «aprirsi» all’esterno⁽⁴¹⁾.

Il caso paradigmatico che meglio esprime questa dinamica «relazionale» è senz’altro rappresentato dall’illecito colposo, ancorché incontri una sicura rispondenza anche nei reati omissivi impropri — più in generale, in tutte le fattispecie fortemente «normativizzate» —, nei quali, soprattutto a fronte dello sviluppo delle teorie contenutistico-funzionali, si avverte una certa, potenziale frizione con il principio di riserva di legge per via dell’ancoraggio a fonti diverse dal precetto che possano legittimare la sussistenza di obblighi giuridici d’impedimento. In particolare, nel tipo colposo, è la struttura stessa della condotta a richiedere un processo costante di eterointegrazione e, cioè, l’utilizzo di regole cautelari (perlopiù *extra*-penali e, nel

rato defatigante e, in ultima analisi, vano»; dalle diverse elaborazioni riscontrate in letteratura si possono tuttavia trarre alcuni elementi distintivi: «Nei testi fondamentali che si sono occupati di autonormazione, la *Self-Regulation* viene identificata variamente come: (a) forma di regolamentazione reattiva, flessibile, informata e mirata, che favorisce una maggiore *compliance*, facendo leva sulle capacità e sulla moralità interna del settore o dell’organizzazione oggetto di regolamentazione; (b) processo che si verifica quando un gruppo di imprese o di individui esercita un controllo sui membri afferenti e sui loro comportamenti; (c) forma di regolamentazione il cui rispetto riposa, sostanzialmente, sulla disponibilità e sulla cooperazione delle singole imprese; (d) processo attraverso il quale enti regolatori operano parallelamente e indipendentemente rispetto alla regolamentazione statale, in carenza di una effettiva cessione di potestà normativa» (EAD., *op. cit.*, pp. 1931 ss.).

⁽³⁸⁾ Così, D. BIANCHI, *Appunti per una teoria dell’autonormazione penale*, cit., pp. 1477 ss.

⁽³⁹⁾ *Ivi*, pp. 1477 ss.

⁽⁴⁰⁾ Sul rapporto tra auto-normazione e diritto penale, si vedano i riferimenti bibliografici riportati *supra*, nota 12.

⁽⁴¹⁾ Cfr. sempre C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, cit., pp. 117 ss.

caso di colpa generica, prasseologiche), in funzione co-fondativa del fatto tipico⁽⁴²⁾. Proprio in forza di tale connotato, l'illecito colposo è stato definito come avente carattere di «incompletezza⁽⁴³⁾» e di apertura verso un costante rimando esterno di tipicità, necessario alla concretizzazione del precetto. Questi tratti si apprezzano, con maggiore vigore, in quelle «declinazioni» della colpa penale in cui il processo auto-normativo ha ricevuto, per le ragioni che si diranno, una valorizzazione crescente e, se possibile, maggiore rispetto alle ipotesi «tradizionali». Ci si riferisce, in particolare,

(42) Sulla colpa, cfr.: G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990; ID., *Colpa* (Voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 945 ss.; ID., *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, BUP, 2013, pp. 114 ss.; ID., *Il "quadro in movimento" della colpa penale del medico, tra riforme auspiccate e riforme attuate*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 738-742; M. CAPUTO, *"Filo d'Arianna" o "Flauto magico"? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2012 e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 875 ss.; ID., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017; D. AMATO, *Comunicazione del rischio e responsabilità penale. Riflessioni a margine della sentenza della Cassazione sul caso "Grandi rischi"*, in *Criminalia*, 2016, pp. 107-123; D. CASTRINUOVO, *Le definizioni legali del reato colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 495-537; ID., *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, pp. 3834-3846; ID., *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009; M. DONINI, *L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 124 ss.; ID., *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2019; M. GALLO, *Colpa penale* (Voce), in *Enc. dir.*, Vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 624 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Cedam, Padova, 1993; ID., *I tormentati rapporti tra colpa e regola cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, pp. 1291 ss.; ID., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 86 ss.; ID., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, pp. 154 ss.; ID., *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., pp. 87 ss.; ID., *Le condizioni di doverosità della regola cautelare e il loro riconoscimento*, in *Discrimen*, 2 gennaio 2021; F. MANTOVANI, *Colpa* (Voce), in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, Utet, 1988, pp. 299 ss.; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, Milano, 2010; C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 1670 ss.; ID., *Colpa* (Voce), in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 222-265.

(43) «Risale a Welzel, com'è noto, il rilievo secondo cui le fattispecie colpose presenterebbero carattere "incompleto" e "aperto" e dunque dovrebbero essere "integrate" attraverso il concetto di diligenza o altri affini». In questi termini, G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., p. 137 (cfr., in particolare, la nota 185). Critica il carattere di "apertura" delle fattispecie colpose C. ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Göttingen, 1970, pp. 53 ss.

al sistema di responsabilità da reato delle persone giuridiche, introdotto con il d.lgs. 8 giugno 2001⁽⁴⁴⁾, n. 231, il quale vede, come noto, il proprio centro focale in un non meglio tematizzato nesso (normativo) tra l'agire disorganizzato dell'attore collettivo e la produzione materiale dell'evento da

(44) Sul sistema italiano di responsabilità da reato delle persone giuridiche, cfr.: A. BERNASCONI, A. PRESUTTI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2018; M. CAPUTO, *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2013, pp. 101-131; ID., *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 148 ss.; F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 945 ss.; F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016; M. COLACURCI, *Imputazione e riparazione nella compliance penalistica. Profili evolutivi della responsabilità da reato degli enti*, Aracne, Roma, 2020; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, pp. 605-635; ID., *Societates e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Jovene, Napoli, 2011, pp. 1883-1920; ID., *Il «fatto di connessione», tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, pp. 33 ss.; ID., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizioni ETS, Pisa, 2012; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, Milano, 2008; G. FORTI, *Uno sguardo ai «piani nobili» del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, pp. 1249 ss.; G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti* (Vol. I), Giappichelli, Torino, 2020; V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 988 ss.; V. MANES, A.F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, cit., pp. 137 ss.; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, pp. 49-114; FED. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2020; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018; C.E. PALIERO, *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, pp. 1173 ss.; ID., *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, società delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, pp. 846 ss.; ID., *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1516 ss.; ID., *Dalla vicarious liability alla colpevolezza d'impresa (Tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo)*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, Vol. III, Piacenza, Celt, 2010, pp. 427 ss.; ID., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, pp. 175 ss.; C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Rivista 231*, 2006, pp. 167 ss.; C. PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2002, pp. 571 ss.; ID., *Voce Persone giuridiche (responsabilità da reato delle)*, in *Enc. giur. Sole 24Ore*, XI, 2007, pp. 179 ss.; ID., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla strut-*

parte dell'autore-persona fisica, evento al quale l'ente contribuisce attraverso una "condotta" «progettualmente noncurante⁽⁴⁵⁾»: inosservante, cioè, del dovere di «auto-regolazione» interna, strumentale non alla «previsione di un ben determinato tipo di evento, come avviene nell'*Individualstrafrecht*, bensì alla progettazione delle posizioni individuali (la griglia dei garanti)⁽⁴⁶⁾», nonché alle «modalità di gestione del rischio e del correlato sistema decisionale⁽⁴⁷⁾».

Un illecito, insomma, a struttura complessa, che può dirsi, pur con le opportune e inevitabili differenze, in linea di massima rispondente al tipo colposo d'evento, del quale, come è stato osservato, «ripropone e amplifica i noti problemi di imputazione⁽⁴⁸⁾».

4. Le ragioni del ricorso alla dinamica auto-normativa nel settore della responsabilità da reato degli enti.

L'architettura preventiva che discende dall'impostazione richiamata — frutto di un processo di prevalente, benché *non* totale⁽⁴⁹⁾, auto-normazione — si inserisce, insomma, nel paradigma di quel «*diritto riflessivo*» teorizzato da TEUBNER⁽⁵⁰⁾ come alternativa «alla complessità giuridica derivante

tura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001, cit.; ID., *Autonormazione e controllo penale*, cit., pp. 261 ss.; ID., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, cit.; ID., *Colpa* (voce), cit., pp. 222-265 (in particolare, par. 24); M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, nn. 2-3/2002, pp. 393 ss.; F. STELLA, *Criminalità d'impresa: lotta di sumo e lotta di judo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1998, pp. 459 ss.

⁽⁴⁵⁾ Così C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, cit., pp. 161 ss.

⁽⁴⁶⁾ In questi termini, C. PIERGALLINI, *op. cit.*, p. 169.

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem.*

⁽⁴⁸⁾ In questi termini, F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, cit., pp. 945 ss.

⁽⁴⁹⁾ Quanto all'auto-normazione nel contesto della responsabilità da reato degli enti, cfr. C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., pp. 842 ss., che distingue tra «cautele eteronormate» e «cautele autonormate», le prime riferibili ai reati colposi e ricavabili dalle numerose regole cautelari distribuite nell'ordinamento (si pensi, ad esempio, alle cautele del T.U.S.L., o agli ambiti dell'antiriciclaggio e dell'ambiente) e le seconde riguardanti i c.d. «reati-decisione».

⁽⁵⁰⁾ Come rileva F. SCAMARDELLA, *La riflessività giuridica come categoria di mediazione tra individuo e diritto*, in *i-lex*, 13-14/2011, p. 200, «Ciò accade perché il diritto riflessivo, a differenza di quello sostanziale, basato su interventi regolativi diretti da parte dello Stato, regola la società limitandosi a fornire una cornice legislativa di mezzi e strumenti all'interno della quale si dipanano i fenomeni sociali. All'interno di questa cornice statica prendono vita le comunicazioni tra sistemi e sottosistemi che riproducono il con-

dalla *over-regulation* prodotta nell'epoca del *Welfare State*⁽⁵¹⁾»: « questa indicazione organizzativa » rispecchia, del resto, « la consapevolezza teorica [...], di come “lo scopo che la norma venga osservata da coloro sui quali essa vige”, possa essere derivato “sulla base del principio dell’equità normativa e, più in generale, di redistribuzione dei costi della regolazione [...]”⁽⁵²⁾ ».

Tali considerazioni si connettono alle ragioni che legittimano l'utilizzo, nel sistema della responsabilità degli enti, di « imperativi autonomi »: ragioni che, secondo la prospettiva adottata nel presente scritto, sono di due tipi: *storiche, politico-criminali*.

Dal primo punto di vista, il ricorso a strumenti di gestione del rischio auto-normati o, comunque derivanti da una interazione tra dimensione pubblica e privata, dipende dal mutamento di ruolo che ha interessato le imprese e le società commerciali e che è descritto emblematicamente nei volumi *La société post-industrielle*⁽⁵³⁾ e *The coming of post-industrial society*⁽⁵⁴⁾, ove si delineano i profondi cambiamenti che, a partire dal se-

fronto e lo scontro sistemico. Le istanze che emergono da queste irritazioni sociali vengono recepite dal diritto che le esprime con eventi comunicativi tematizzanti e regolarizzanti questa fluidità sociale». Sul punto, G. TEUBNER, *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Pol. dir.*, 1987, pp. 85 ss.; ID., *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in *Law&Society*, Vol. 17, n. 2, 1983, pp. 239 ss.; G. HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, pp. 250 ss., nella parte in cui vi si afferma che « *Eine solchen nur personal vermittelte, funktionale “Organisationsherrschaft” entspricht der rechtssoziologischen Theorie vom reflexiven Recht* »; cfr., altresì, P.E. STRINGHAM, *Private Governance Creating Order in Economic and Social Life*, Oxford University Press, 2015. Ne discorre ampiamente S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, cit., pp. 1931 ss.

⁽⁵¹⁾ In questi termini, S.B. TAVERRITI, *op. cit.*, pp. 1931 ss., la quale rileva (nota 43) che « Partendo dalla premessa che il diritto statale e diritti riflessivi sono espressione di sub-sistemi che possono entrare in relazione e condizionarsi reciprocamente, solo a condizione che le sollecitazioni provenienti da ciascun sub-sistema siano introiettate e autonomamente elaborate, Teubner spiega come le *chances* di successo della legislazione statale *welfarista* si arrestino laddove questa, travalicando i limiti derivanti dall'autopoiesi dei sistemi, incappi nel c.d. trilemma regolativo, che conduce a tre alternative egualmente insoddisfacenti: l'indifferenza reciproca delle sfere sociali (diritto statale e diritto dei sub-sistemi) rispetto alla regolamentazione; la disintegrazione della sfera sociale mediante diritto; la disintegrazione del diritto mediante la società ». Cfr., altresì, G. TEUBNER, *Il trilemma regolativo*, cit., pp. 85 ss.

⁽⁵²⁾ In questi termini, G. FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili”*, cit., pp. 1249 ss.

⁽⁵³⁾ Cfr. A. TOURAINE, *La società post-industriale*, Bologna, Il Mulino, 1972.

⁽⁵⁴⁾ D. BELL, *The Coming of post-industrial society. A venture in social forecasting*, New York, 1973. Sul medesimo tema: W.B. KLEINBERG, *American Society in the Postindustrial Age: Technocracy, Power, and the End of Ideology*, Charles E. Merrill Publishing

condo dopoguerra, hanno caratterizzato il settore dell'industria. Con l'avanzamento della c.d. «società postindustriale» e la centralità assunta dalle *corporation* nella struttura del mercato, le imprese si trovano, cioè, a operare in un contesto in cui lo Stato non può «avere un'adeguata conoscenza locale» che consenta «di intervenire efficacemente» sul governo dell'economia, bensì è posto nella condizione di surrogare compiti che, in passato, erano esercitati dall'autorità centrale.

La seconda ragione — invero connessa alla prima, ma afferente, come si anticipava, a profili che potremmo dire più strettamente *politico-criminali* — si lega alla diversa tipologia dei rischi che le società commerciali sono chiamate a fronteggiare (per esempio: rischi tecnologici legati a recenti sperimentazioni, utilizzo di sistemi di *artificial intelligence*, particolari sostanze inquinanti) rispetto ai quali l'apporto del sapere specialistico dispiega una maggiore efficacia in termini preventivi, poiché gli operatori del settore dispongono di una conoscenza delle fonti di pericolo legate alla propria attività tale da favorire l'ideazione di più appropriati strumenti di contrasto. «L'idea post-keynesiana di uno Stato che si ritrae dalla diretta regolazione della vita economico-sociale, incentivando strategie di autodisciplina e *compliance* da parte dei soggetti privati, ha infatti come presupposto cognitivo una migliore conoscenza delle situazioni da parte degli operatori⁽⁵⁵⁾»: condizione, questa, che permette altresì di veicolare più facilmente l'osservanza delle norme, mediante l'attivazione di strumenti di *compliance without pressure* che consentano «[...] di promuovere dispositivi di accompagnamento e di monitoraggio (non soltanto normativo)⁽⁵⁶⁾», in cui «spicca la recessione» dell'«idea di giustizia nella sua versione autoritativa⁽⁵⁷⁾», per lasciare il posto a forme di «regolazione responsiva⁽⁵⁸⁾».

Co., 1973. Entrambi i volumi sono recensiti da L.C. MAYER, in *The Journal of Politics*, Vol. 36, No. 2 (May, 1974), pp. 492-494. Cfr., altresì, A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, Il Mulino, Bologna 1994.

⁽⁵⁵⁾ Così G. FORTI, *Percorsi di legalità in campo economico: una prospettiva criminologico-penalistica*, ASSBB, Milano, 2006 (http://www.assbb.it/CMI/quaderno_etica_15.pdf), pp. 38-39.

⁽⁵⁶⁾ *Ivi*, pp. 38-39.

⁽⁵⁷⁾ Così M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, Napoli, 2009, p. 48.

⁽⁵⁸⁾ Si veda, per ogni approfondimento su questi temi, il blog del Professor John Braithwaite (www.johnbraithwaite.com); cfr., altresì, B. FISSE, J. BRAITHWAITE, *Corporations, crime and accountability*, Cambridge, 1993; I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, 1992, pp. 7 ss.; sul punto, ampiamente, G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili"*, cit., pp. 1249 ss.

5. Positivizzazione delle cautele e *self-regulatory model*, nel solco di una auto-normazione « delegata » di tipo « coattivo ».

Se, da un lato, l'attività auto-normativa dell'ente si innesta, come si diceva, nel paradigma della *regolazione responsiva* e rafforza «le dinamiche virtuose» della «rispondenza fiduciaria⁽⁵⁹⁾», favorendo, proprio perché *auto-prodotta* e *non-imposta* con mezzi autoritativi, l'aderenza alla norma, dall'altro, tale meccanismo rischia, almeno in prima battuta, di creare spazi di conflitto con il principio di riserva di legge (problema, questo, che comunque affligge il tipo colposo *tout court*).

A tale assunto possono contrapporsi tuttavia alcuni rilievi. La fonte privata influisce, cioè, sulla fattispecie dell'ente esclusivamente dal punto di vista tecnico della produzione delle cautele e dei protocolli che compongono il modello organizzativo: dato, questo, in forza del quale non solo non sembrano rinvenirsi elementi di attrito davvero significativi con il richiamato principio, ma che anche potenzia le istanze di determinatezza, garantendo una migliore adattabilità prasseologica della regola, cui contribuisce senz'altro, come si dirà, la crescente *procedimentalizzazione* dell'*iter* di produzione e verifica della tenuta dell'apparato cautelare.

Un assetto di co-regolamentazione dei rischi così articolato — distribuito, cioè, tra gli operatori privati e l'attore pubblico, in un contesto in cui il modello di organizzazione, gestione e controllo rappresenta la sintesi di questa interazione — ha dato luogo, però, a una serie di difficoltà, soprattutto in fase di verifica giudiziale, che dipendono, in special modo, dall'automatismo con cui spesso la giurisprudenza ha ravvisato nello stesso ricorrere del reato-presupposto un indice di inadeguatezza dell'apparato preventivo predisposto.

I rischi ai quali l'attuale sistema di responsabilità degli enti dà origine si manifestano, infatti, in particolare, lungo due direttrici: in primo luogo, «dal versante dell'impresa» si incorre in «una lettura del d.lgs. di tipo rinunciatario o, al più, meramente “difensivo”⁽⁶⁰⁾», dal momento che «gli adempimenti non rispondono alla preoccupazione di prevenire i reati e le illegalità in ambito aziendale, [...] bensì soprattutto a quella di sottrarsi agli addebiti in sede giudiziaria, esibendo un attivismo “di facciata”», tale da

⁽⁵⁹⁾ Cfr. sempre G. FORTI, *op. cit.*, pp. 1249 ss. Sul tema della «fiducia», cfr. V. PELLIGRA, *I paradossi della fiducia. Scelte razionali e dinamiche interpersonali*, Il Mulino, Bologna, 2007.

⁽⁶⁰⁾ Sul punto, ampiamente, F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, cit., pp. 945 ss.

innescare dinamiche di *over-compliance* e da favorire un'idea di «effettività» che diviene essenzialmente «verificabilità processuale⁽⁶¹⁾» e che dunque non è in grado di promuovere meccanismi di auto-regolazione idonei a inibire la sedimentazione di una cultura della disorganizzazione. Per altro verso, «l'ente è chiamato a individuare [...] cautele 'autonormate' [...] senza potersi giovare di "un catalogo prestabilito di precauzioni da consultare"»: manca, in altri termini, una normativa di dettaglio circa i contenuti minimi del modello, con la conseguenza che la regola cautelare è prevalentemente «ricostruita *ex post* e non conosciuta o conoscibile *ex ante*⁽⁶²⁾». Come si è osservato in letteratura, del resto, «proprio in relazione al requisito dell'idoneità preventiva dei modelli [...] si colgono [...] precise responsabilità del legislatore, il quale [...] ha trascurato colpevolmente di definire le esigenze contenutistiche essenziali [...] e la previsione dello standard di diligenza a cui i destinatari della normativa possono ispirarsi⁽⁶³⁾».

Muovendo in una dimensione *de iure condendo*, una risposta a tali difficoltà potrebbe articolarsi mediante *due passaggi*: anzitutto, attraverso una elaborazione, già in sede legislativa (e con maggior rigore rispetto alle indicazioni attualmente contenute nell'articolo 30, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81), dei contenuti minimi del modello. Le modalità dell'interazione tra l'attore pubblico e le imprese private si delineerebbero, più precisamente, secondo uno schema c.d. di *auto-normazione coattiva di tipo delegato*, «incentivata [...] dallo Stato per finalità che sono proprie (anche) dello Stato stesso» e fondata su un adattamento⁽⁶⁴⁾ del *self-regulatory model* in senso stretto⁽⁶⁵⁾; un paradigma, cioè, che «non mira a ottenere una mera *con-*

(61) Così, F. CENTONZE, *op. cit.*, pp. 945 ss.

(62) *Ivi*, pp. 945 ss.

(63) «[...] Il che tradisce il malcelato imbarazzo che nasce anche dalla moltiplicazione disordinata di prescrizioni organizzative rivolte agli enti societari. Si rileva, in sostanza, la completa assenza di qualsivoglia intervento legislativo o regolamentare che possa in qualche modo sorreggere e orientare l'autonormazione che si chiede agli enti, in funzione prevenzionistica, anche nel raffronto con consolidate esperienze straniere, il che rischia di contraddire il giusto rilievo per cui, anche in questo campo, "il giudice è non già un produttore, bensì esclusivamente un consumatore di norme di organizzazione"» [in questi termini, S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, cit., p. 80. Sul tema dell'accertamento dell'adeguatezza del modello cfr. altresì V. MANES, A.F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, cit., pp. 137 ss.; V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in M. CATENACCI, V.N. D'ASCOLA, R. RAMPIONI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, RomaTRE-Press, 2021; e M. COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi* (seminario di Noto, 2015), in *Dir. pen. cont. (Riv. Trim.)*, 2016, pp. 66 ss.].

(64) Adattamento che consiste, come nel prosieguo del paragrafo meglio si dirà,

formity, ossia l'osservanza indotta [...] dei precetti⁽⁶⁶⁾» ma che «si rivolge [...] ad agenti morali e richiede la circolazione di una cultura gruppale», che consenta l'introiezione di valori condivisi e l'adesione allo standard comportamentale, anche mediante l'esercizio di attività di auto-controllo interno, «secondo canoni che vengono percepiti come “legittimi” e moralmente conformi da parte degli appartenenti al gruppo stesso⁽⁶⁷⁾»: un modello, insomma, che, nel lungo periodo, è in grado di radicare «quella *willing deference* che assicura una tenuta duratura dell'ordinamento autonomo e minori costi di gestione dello stesso, sia in termini economici, sia sociali⁽⁶⁸⁾».

La teoria generale del diritto, nella misura in cui riconosce come legittima l'idea della «pluralità degli ordinamenti», ne individua, infatti, al contempo, alcune modalità di interazione, inarcate, alternativamente, su rapporti di *coordinazione* e *subordinazione* (o «reciprocamente di supremazia»⁽⁶⁹⁾), o regolati in base al criterio della estensione dei rispettivi ambiti di validità, che possono assumere la forma di: (i) rapporti di esclusione totale; (ii) rapporti di inclusione totale; (iii) rapporti di esclusione (o inclusione parziale)⁽⁷⁰⁾. Avvalendoci di questa classificazione, la proposta va nel senso di potenziare la terza tipologia di coordinamento, mediante una più puntuale strategia di gestione «rafforzata» del rischio, che attribuirebbe al-

nella proposizione *non* di un modello auto-regolativo *puro*, ma che si intreccia con una regolazione di tipo statale (cfr., altresì, *infra*, nota 65).

⁽⁶⁵⁾ Il *self-regulatory model* propriamente detto è quello che «riesce a radicare una cultura congruente con le norme che il gruppo — “legittimamente” — si è dato»; si tratterebbe, insomma, di «vera e propria *self-regulation* dell'organismo sociale» per cui l'osservanza dei principi condivisi «riposa più sull'introiettamento dei valori a essi sottesi che sull'efficacia dei meccanismi sanzionatori» (così D. BIANCHI, *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, cit., pp. 1477 ss.). Cfr., altresì, A. OGUS, E. CARBONARA, *Self-regulation*, in AA.VV., *Production of legal rules*, Edwars Elgar Publishing, 2011, i quali rilevano (p. 239) l'insufficienza di un modello «puro» di *self-regulation*, suggerendo invece l'utilità di una attività regolativa co-gestita tra privati e attori pubblici («*It is important to notice, however, that pure self-regulation might not be enough to guarantee market discipline even in the presence of innovation. An appropriate form of “co”-regulation is required, where the threat of government intervention compels agents to pursue social optimal goals to avoid external regulations*»); cfr., inoltre, I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, cit., pp. 106 ss.; ne discorre ampiamente D. BIANCHI, *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, cit., pp. 1477 ss.

⁽⁶⁶⁾ Propria invece del c.d. «*command-and-control model*» (ne discute D. BIANCHI, *op. cit.*, pp. 1477 ss.).

⁽⁶⁷⁾ In questi termini sempre D. BIANCHI, *op. cit.*, pp. 1477 ss.

⁽⁶⁸⁾ *Ivi*, pp. 1477 ss.

⁽⁶⁹⁾ Così N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 279.

⁽⁷⁰⁾ *Ivi*, p. 279.

l'attore pubblico l'onere di fissare i « criteri-guida del processo auto-normativo » — sia nella sua fase genetica, sia in quella di controllo, non solo formale, degli apparati preventivi — e alle imprese private di articolare la normativa di dettaglio.

In particolare, « i pubblici poteri potrebbero dedicarsi a una predisposizione dei principi generali (*'principle oriented approach'*), “facendo carico al legislatore di determinare, quantomeno, i criteri preventivi essenziali”, utili tanto per i destinatari della norma quanto per il giudice chiamato a motivare in punto di idoneità preventiva⁽⁷¹⁾ ». Tale processo di *positivizzazione* potrebbe attuarsi distinguendo le cautele per *aree di attività* o per *tipologia di illecito* e, come è stato suggerito dalla scienza penale, giovandosi del coinvolgimento dei « saperi esperti⁽⁷²⁾ ».

All'interno di questa cornice di massima — e veniamo al *secondo passaggio* — spetterebbe poi a organismi ultronei — le associazioni di categoria ma anche le autorità amministrative indipendenti⁽⁷³⁾ (la settorialità delle une e delle altre non rappresenterebbe un *minus* ma contribuirebbe a delineare quella *differenzierte Maßfigur* necessaria per il giudizio di colpa: una sorta di *figura modello organizzativa* differenziata per aree di attività) — *positivizzare in modo più specifico e settoriale* le regole preventive, delle quali sarebbe così garantita una migliore « solidità culturale » nel circolo di rapporti che venga in considerazione e, per quel tramite, una più agevole *pre-conoscibilità* da parte dell'agente concreto. Sono tuttavia certamente note le obiezioni mosse a un sistema costruito « per linee-guida », del quale si sono evidenziati i limiti, anche in ambiti diversi da quello della responsabilità degli enti⁽⁷⁴⁾, sia dal punto di vista dei « profili procedurali » di « confezionamento » di questi strumenti, sia dal punto di vista contenutistico⁽⁷⁵⁾: a tali preoccupazioni potrebbe però giustapporsi il rilievo secondo cui l'osservanza delle linee-guida di categoria e dei protocolli non avrebbe una valenza « esaustiva » per il giudizio di colpa, bensì di semplice « orientamento » (per le imprese, dapprima e per il giudicante, poi): la sin-

(71) Cfr. sempre S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., pp. 109 e 110.

(72) *Ivi*, p. 110.

(73) Peraltro, solo per inciso, giova segnalare come, proprio in relazione al tema di cui trattiamo, appaiano significative le esperienze auto-normative di A.N.A.C. e l'elaborazione delle linee-guida volte a contenere il rischio corruttivo.

(74) Le difficoltà cui un sistema così costruito, nell'ambito della responsabilità degli enti, dà luogo sono delineate da S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, cit., pp. 49 ss.

(75) Cfr. sempre S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, cit., pp. 87 ss.

gola *corporation*, cioè, sarebbe chiamata ad aggiornare e adeguare il catalogo delle cautele in base a variabili diverse e ulteriori, quali, per esempio, la *cerchia degli utenti*, la *tipologia di attività*, le *modalità* e *l'oggetto della produzione*, l'*area geografica* in cui è collocata.

La colpa di organizzazione, insomma, resterebbe pur sempre *colpa generica* e l'aderenza alla regola legislativamente stabilita non inibirebbe il ricorrere di una condotta colposa rilevante *ex d.lgs. n. 231 del 2001*: ciò in ragione della impossibilità di procedere a una codificazione cautelare o para-cautelare completa che sia in grado di inglobare le molteplici e mutevoli situazioni di rischio che possano eventualmente interessare i diversi settori di attività (solo per inciso, resterebbe aperta e da vagliare l'ipotesi di una fattispecie *normativamente* svincolata dal *fatto* della persona fisica, che sanzioni l'inosservanza del dovere di auto-organizzarsi — la *corporation* non risponderebbe del «reato-presupposto», bensì di un distinto illecito, costruito come reato omissivo proprio — in modo analogo al sistema anglosassone del *Bribery Act* ⁽⁷⁶⁾ e del *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* ⁽⁷⁷⁾: un modello, cioè, di responsabilità autenticamente *originaria* e *per fatto proprio dell'ente*, del quale, in questa sede, non è possibile adeguatamente trattare ma a cui è certamente opportuno fare riferimento ⁽⁷⁸⁾).

⁽⁷⁶⁾ C. WELLS, *Corporate Responsibility and Compliance Programs in the United Kingdom*, in S. MANACORDA, F. CENTONZE, G. FORTI (Eds.), *Preventing Corporate Corruption. The Anti-Bribery Compliance Model*, Heidelberg-New York, 2014, pp. 508-509 descrive i tratti fondamentali dell'illecito. Cfr., altresì, A. PINTO, M. EVANS, *Corporate Criminal Liability*, Sweet&Maxwell, London, third ed., 2013, pp. 317 ss. e M. RAPHAEL, *Blackstone's guide to the Bribery Act 2010*, Oxford University Press, Oxford, 2010. Nel panorama italiano, un'ampia indagine comparatistica è condotta da FED. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit.

⁽⁷⁷⁾ Cfr., sul tema, tra gli altri, R.D. ORMEROD, R. TAYLOR, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*, in *Criminal Law Review*, 2007, pp. 589 ss.; J. GOBERT, *The Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007: Thirteen Years in the Making but Was It Worth the Wait?*, in *The Modern Law Review*, Vol. 71, No. 3 (May, 2008), pp. 413-433.

⁽⁷⁸⁾ L'autonomia di tale modello di responsabilità si apprezza non dal punto di vista naturalistico (condizione, questa, non realizzabile, non essendo, chiaramente, la persona giuridica capace di azione in senso fisico) bensì dal punto di vista normativo: secondo quanto previsto dalla richiamata disciplina anglosassone, l'ente risponderebbe, infatti, non per quello che, con il lessico utilizzato nella letteratura penalistica italiana, è denominato «reato presupposto», ma di un illecito differente, che sanziona la «mancata prevenzione» dei fatti lesivi richiamati dalla normativa in questione. Sulla possibilità di introdurre un modello autonomistico di responsabilità della persona giuridica, cfr. F. D'ALESSANDRO, *Responsabilità da reato degli enti e rischio d'impresa: prospettive di riforma per una corporate governance efficace*, in *Corporate Governance*, 2020, pp. 31 ss., E.

Il meccanismo di positivizzazione «cogestito» non darebbe luogo, insomma, nel caso di osservanza dello standard, a presunzioni assolute di non-colpevolezza, bensì, semmai, a presunzioni di tipo relativo⁽⁷⁹⁾.

Il ricorso proficuo a questa tipologia di governo dei rischi distribuito su più livelli (quello pubblico-statuale e quello privato) — che si presenta idealmente come la più adeguata per i motivi che si sono esposti⁽⁸⁰⁾ — non può astrarsi, in termini di efficacia, dal consolidamento di criteri che la orientino verso un paradigma di crescente «procedimentalizzazione⁽⁸¹⁾». Il meccanismo che vuole gli enti privati come produttori di ordine sociale⁽⁸²⁾ presenta, quale pre-requisito di efficienza, l'elaborazione di canoni «volti a meglio definire [...] la cornice [...] pubblicistica di ciascuna tipologia di processo auto-regolativo e, specularmente, guidare (e circoscrivere) l'attività valutativa in sede di controlli *ex post*⁽⁸³⁾», per evitare il rischio di autoreferenzialità delle fonti auto-prodotte e «perimetrare la costruzione e la validità della fonte privata⁽⁸⁴⁾».

Se, infatti, riprendendo quanto osservato in apertura, lo Stato moderno ha assunto, nel tempo, una certa, accentuata signoria nella produzione giuridica, è compito dell'«ermeneutica critica del diritto [...] cominciare a problematizzare questo monopolio⁽⁸⁵⁾», declinandolo secondo parametri di più utile interazione.

GRECO, *Responsabilità da reato dell'ente e prospettive evolutive. verso un modello «autonomistico» e non «personalisticamente mediato» di ascrizione*, in *Riv.* 231, n. 3/2021, pp. 69-97, E. GRECO, *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 2091 ss.

⁽⁷⁹⁾ Non si tratterebbe, cioè, di introdurre presunzioni assolute di adeguatezza (si pensi, per esempio, alle certificazioni di idoneità). Ne discorre ampiamente S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva*, cit., pp. 49 ss.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. *supra*, par. 4.

⁽⁸¹⁾ Cfr. C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, cit., pp. 117 ss.

⁽⁸²⁾ Si tratta del già citato meccanismo della «*reflexive law*» (cfr. *supra*, note 50 e 51).

⁽⁸³⁾ Cfr. D. BIANCHI, *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, cit., pp. 1477 ss.

⁽⁸⁴⁾ C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere*, cit., p. 141, il quale individua alcuni elementi che devono necessariamente essere inclusi nel processo auto-regolativo: il «coinvolgimento di tutti gli attori del conflitto sociale»; «la partecipazione di tutti i “saperi esperti»; «il concorso del formante giurisprudenziale»; «un'attività permanente di rievocazione».

⁽⁸⁵⁾ B. DE SOUSA SANTOS, *Lo stato e il diritto nella transizione postmoderna*, cit., p. 23.

Riferimenti bibliografici principali ⁽⁸⁶⁾

- BIANCHI D., *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 1477 ss.
- BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993.
- CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Milano, Giappichelli, 2017.
- ID., *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 148 ss.
- CAVANNA A., *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Vol. 2, Giuffrè, Milano, 2005.
- CENTONZE F., *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 945 ss.
- COLACURCI M., *Imputazione e riparazione nella compliance penalistica. Profili evolutivi della responsabilità da reato degli enti*, Aracne, Roma, 2020.
- D'ALESSANDRO F., *Responsabilità da reato degli enti e rischio d'impresa: prospettive di riforma per una corporate governance efficace*, in *Corporate Governance*, 2020, pp. 31 ss.
- DE SIMONE G., *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, pp. 605-635.
- ID., *Societates e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Jovene, Napoli, 2011, pp. 1883-1920.
- ID., *Il «fatto di connessione», tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, pp. 33 ss.
- ID., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Edizioni ETS, Pisa, 2012.
- DE SOUSA SANTOS B., *Lo stato e il diritto nella transizione postmoderna*, in *Sociologia del diritto*, n. 3/1990, pp. 23 ss.
- FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990.
- ID., *Colpa (Voce)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 945 ss.
- ID., *Nuove prospettive sull'imputazione penale "per colpa": una ricognizione interdisciplinare*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, BUP, Bologna, 2013, pp. 114 ss.
- GIUNTA F., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, pp. 154 ss.
- LATOUR B., *Non siamo mai stati moderni*, Elèuthera, 2018.
- LUHMANN N., *La sociologia come teoria dei sistemi sociali*, in ID., *Illuminismo sociologico*, Il Saggiatore, Milano, 1983, pp. 129-154.
- MANACORDA S., *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, pp. 49-114.
- MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 988 ss.

⁽⁸⁶⁾ Non sono state riportate, per ragioni di spazio, tutte le fonti citate in nota.

- MANES V., TRIPODI A.F., *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità «penale» degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 137 ss.
- MAZZACUVA FED., *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2020.
- MONGILLO V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018.
- PALIERO C.E., *Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, pp. 1173 ss.
- ID., *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001, pp. 846 ss.
- ID., *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1516 ss.
- ID., *Dalla vicarious liability alla colpevolezza d'impresa (Tendenze della responsabilità penale degli enti nel panorama giuridico europeo)*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, Vol. III, Celt, Piacenza, 2010, pp. 427 ss.
- ID., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, pp. 175 ss.
- PALIERO C.E., PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2006, pp. 167 ss.
- PIERGALLINI C., *Colpa di organizzazione e impresa*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, BUP, Bologna, 2013, pp. 161 ss.
- ID., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d.lgs. n. 231/2001)*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 376 ss. (Parte I) e 845 ss. (Parte II).
- ID., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, Napoli, ESI, 2015, pp. 117-144.
- ID., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, pp. 261 ss.
- ID., *Colpa* (Voce), in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 222-265.
- ROMANO M., *La responsabilità amministrativa degli enti, società o associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, nn. 2-3/2002, pp. 393 ss.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Quodlibet, Macerata, 2018.
- SAVIGNY (VON) F.C., *Antologia di scritti giuridici*, Il Mulino, Bologna, 1980.
- TAVERRITI S.B., *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1931 ss.
- TEUBNER G., *Il trilemma regolativo. A proposito della polemica sui modelli giuridici post-strumentali*, in *Pol. dir.*, 1987, pp. 85 ss.
- TORRE V., *La «privatizzazione» delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, BUP, Bologna, 2013.
- VOGLIOTTI M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007.
- ID., *La nuova legalità penale e il ruolo della giurisdizione. Spunti per un confronto*, in *Sist. pen.*, 5 marzo 2020, p. 51.
- WIEACKER (VON) F., *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1990, pp. 31-83.

FEDERICO MAZZACUVA

I SISTEMI DI GIUSTIZIA PENALE TRA NEGOZIALITÀ E CONCILIAZIONE. IL RUOLO DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE E DEI PRIVATI NEL CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ D'IMPRESA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Negozialità e conciliazione. — 3. Responsabilità degli enti e *restorative justice*. — 3.1. Lo sviluppo della *diversion* nel sistema nordamericano: dai *juvenile offenders* agli enti collettivi. — 3.2. L'ibridazione anglosassone tra *restorative* e *negotiated justice*. — 3.3. Il sistema italiano di responsabilità da reato degli enti: le incertezze applicative e le prospettive di riforma. — 4. Il ruolo delle autorità amministrative nelle dinamiche negoziali e conciliative. Dalla *self-regulation* alla *co-regulation*.

1. Introduzione.

Risulta quasi provocatorio parlare di negozialità e di conciliazione nell'ambito dello *ius puniendi* il quale, nella sua veste tradizionale, è dell'ordine delle "determinazioni" e non delle "interazioni"⁽¹⁾. Tuttavia, oggi è pressoché scontato constatare come i sistemi di giustizia penale guardino sempre meno al passato di un fatto commesso e sempre più al futuro di eventuali condotte riparatorie, appunto, *post factum*.

Non si tratta, evidentemente, di una svolta repentina ed estemporanea, quanto piuttosto del portato di direttrici evolutive più generali, che dalla seconda metà del secolo scorso ad oggi hanno condotto ad un ormai proclamato mutamento di paradigma.

Tra tali direttrici, viene in rilievo, da un lato, il fenomeno della c.d. *de-regulation* il quale, come noto, è consistito in un progressivo decentramento dei compiti pubblici di vigilanza e di prevenzione tras migrati, dapprima, dallo Stato ad autorità amministrative indipendenti, con compiti di variegata natura (normazione, regolazione, vigilanza, controllo) e con funzioni, anche sanzionatorie, poste a presidio di certi settori della vita econo-

⁽¹⁾ In questi termini, si veda — in prospettiva comparatistica — AA.VV., *Procedure penali d'Europa*, II ed., diretto da M. Delmas-Marty, a cura di M. CHIAVARIO, Cedam, Padova, 2001, p. 621.

mico-sociale; e, successivamente, alle stesse imprese le quali, oltre a rappresentare le principali fonti di “rischio” per la collettività, sono chiamate a farsi carico in prima battuta di queste ultime mediante strumenti di *preventive self-regulation* ⁽²⁾. Da qui, tra l’altro, l’emergere di incriminazioni finalizzate ad organizzare il ruolo dei destinatari in aree di contesto lecito di base: le regole cautelari, di natura mista pubblico-privata, ne sono l’esempio più significativo ⁽³⁾. La stessa *ratio* della norma penale, non più finalizzata a proibire comportamenti, bensì a dettare modalità e mezzi di prevenzione, finisce per essere contrassegnata da una marcata funzione promozionale ⁽⁴⁾. In altri termini, la disciplina positiva «sconta in partenza l’idea di un reato non punito» ⁽⁵⁾.

Dall’altro lato, sul versante processuale, le difficoltà riscontrate nel contrastare i fenomeni di devianza nel settore economico e finanziario, sempre più complessi e globalizzati, hanno spinto i sistemi di giustizia penale ad abbandonare lo strumento repressivo per ricorrere a quello dialogico-negoziale. Così, accanto allo schema classico piramidale, di tipo autoritario ed impositivo, si è col tempo affiancato uno più aperto e flessibile, in cui i soggetti coinvolti reclamano ruoli sempre più proattivi ⁽⁶⁾.

Entro tale cornice, per vero vastissima e qui appena evocata, si intende affrontare — appunto — il tema della negozialità e della conciliazione, con particolare riguardo al confronto con l’esperienza angloamericana sul terreno della responsabilità degli enti collettivi.

⁽²⁾ A. BAMBERGER, *Regulation as Delegation: Private Firms, Decision-making, and Accountability in the Administrative State*, in *Duke L.J.*, 56-2006, p. 377 ss. In questo senso, lo stesso schema binario pubblico/privato si mostra ormai da tempo come una chiave di lettura inadeguata per leggere l’evoluzione del diritto, nei termini qui evocati: sul punto, rimane fondamentale M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l’universel*, Seuil, Parigi, 2004, p. 326-327. Nella letteratura italiana, si rinvia a A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 67 ss.

⁽³⁾ Come segnalato, tra gli altri, da M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *L’Ind. Pen.*, 3-2001, p. 1046 ss.

⁽⁴⁾ Sulla funzione promozionale del diritto penale, si rinvia per tutti a N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 1969, p. 1312 ss.; nonché F. BRICOLA, *Diritto premiale e sistema penale*, atti del VII Simposio di studi di diritto e procedura penale (Como, 26-27 giugno 1981), Giuffrè, Milano, 1983, qui consultato nella versione contenuta nell’opera postuma F. BRICOLA, *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA, Giuffrè, Milano, 1997, vol. I, Tomo II, p. 1459 ss.

⁽⁵⁾ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., p. 1046 ss.

⁽⁶⁾ In argomento, rimane fondamentale M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene editore, Napoli, 2009, *passim*.

2. Negozialità e conciliazione.

Prima di procedere, qualche premessa definitoria risulta opportuna.

«Grande è la confusione sotto il cielo della giustizia c.d. negoziata»: con queste parole, la dottrina che più ha approfondito la materia ne ha evidenziato il carattere magmatico, dovuto alla marcata porosità delle delimitazioni concettuali sinora avanzate in letteratura le quali, in prospettiva comparatistica, scontano — al di là delle ovvie differenze sistematiche che separano le esperienze giuridiche a confronto — un inevitabile tasso di imprecisione, se non persino di ambiguità (7).

Cionondimeno, di seguito si tenterà di proporre un sintetico quadro ricostruttivo il quale, senza alcuna pretesa di sistematizzazione, mira soprattutto a porre in evidenza le principali *funzioni* che le categorie dogmatiche ed i modelli di giustizia in esame sono chiamati ad assolvere, cercando al contempo di ricavare spunti per un confronto proprio su questo terreno (8).

Si può prendere l'abbrivio distinguendo, da un lato, la “negozialità”, termine qui utilizzato per fare riferimento a logiche di scambio che si collocano *all'interno* del sistema di giustizia penale; e, dall'altro lato, la “conciliazione” (o “*restorative justice*”), che invece attiene alle dinamiche di “incontro” tra le parti del conflitto sociale generato dal reato, dinamiche che si collocano *fuori* dal sistema medesimo.

La giustizia riparativa, in effetti, è riconducibile alle teorie e prassi sviluppatesi negli Stati Uniti d'America, già sul finire degli anni '60 del secolo scorso, nel solco delle cc.dd. *Alternative Dispute Resolutions*. Incidentalmente, può osservarsi come non stupisca affatto che l'ordinamento nord-americano abbia rappresentato il terreno di coltura di strategie di gestione degli affari penali alternative ed informali, essendo lo stesso contrassegnato da un *criminal justice system* di tipo paritario, affidato (anche) a giudici laici ed improntato prevalentemente a canoni di giustizia sostanziale (9).

(7) Più in generale in argomento, si rimanda sempre a M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, cit., p. 413.

(8) Del resto, è noto che proprio l'aspetto dinamico e funzionale di determinati istituti giuridici è quello che maggiormente si presta alla comparazione: così D. NELKEN, *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*, Sage Publications, Londra-Thousand Oaks, California (USA)-New Delhi-Singapore, 2010, p. 1.

(9) Sul punto, si rinvia più diffusamente a M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it. a cura di A. GIUSSANI e di F. ROTA, il Mulino, Bologna, 1986, *passim* (in particolare, p. 90 e 131 ss.).

Tornando, invece, alla negozialità, le logiche dello scambio possono a loro volta riguardare o le scelte sull'*an* o sul *quantum* di pena, espresse dalla fattispecie sostanziale, oppure le forme del procedere.

Nel primo caso, si rientra nell'area della "prezialità" (o del c.d. diritto penale premiale), ritornato al centro del dibattito dottrinale a seguito dell'introduzione, ad opera della c.d. riforma Orlando, dell'art. 162-ter c.p. relativo all'estinzione del reato per condotte riparatorie⁽¹⁰⁾. In effetti, se per alcuni la novella rappresenta la « consacrazione della punibilità come elemento autonomo del reato »⁽¹¹⁾; per altri, la non punibilità è sì una "buona carta" da giocare, ma "oculatamente"⁽¹²⁾.

In siffatte ipotesi, il premio (ovvero la sanzione "positiva") dovrebbe prevalentemente assolvere una funzione promozionale di tutela, sia pur tardiva, del bene giuridico tutelato, atteso il carattere volontario anche se non necessariamente spontaneo, della condotta riparativa orientando al contempo il diritto penale alla sussidiarietà. Rimarrebbero, invece, estranee alla prezialità istanze di rieducazione dell'agente di reato, proprio in ragione della mera volontarietà della condotta reintegratoria ed in assenza, comunque, di una pena (ovvero la sanzione "negativa") in senso stretto⁽¹³⁾.

Quanto, invece, alle forme del procedere, gli istituti di giustizia negoziata, tipici del modello accusatorio, sono per lo più chiamati a svolgere una funzione di deflazione processuale, in ossequio al principio di ragionevole durata del processo. Al riguardo, può osservarsi come l'interesse all'efficienza della giustizia, seppur di rilievo costituzionale (anche) nel nostro ordinamento, non sia tale da giustificare una ritrazione della potestà punitiva, tant'è che la *negotiated justice* sfocia sempre, in fin dei conti, nell'irrogazione di una pena, ancorché "concordata" (ossia attenuata e condizional-

⁽¹⁰⁾ L'art. 162-ter c.p. è stato inserito dall'art. 1, comma 1, L. 23 giugno 2017, n. 103 (di modifica del codice penale, del codice di procedura penale e dell'ordinamento penitenziario), a decorrere dal 3 agosto 2017.

⁽¹¹⁾ G. COCCO, *La punibilità quarto elemento del reato*, in AA.VV., *Trattato breve di diritto penale*, diretto da G. COCCO, E.M. AMBROSETTI, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2017, p. 4.

⁽¹²⁾ Riprendendo testualmente il titolo del contributo di F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. pen.*, rivista online, 19 dicembre 2019.

⁽¹³⁾ Sulla distinzione tra sanzioni "positive" (premi) e sanzioni "negative" (castighi), nella teoria generale del diritto, si rimanda sempre a N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, cit., p. 1317 ss.; quanto alle funzioni associate alle une o alle altre, sia consentito rinviare — per ragioni di sintesi — a FED. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 52 ss., ed alla bibliografia ivi citata.

mente sospesa). In altri termini, lo sconto sulla pena è la “merce” che lo Stato baratta in cambio della rinuncia volontaria dell'imputato alle prerogative insite nel dibattimento, tale da consentire una più veloce definizione della regiudicanda⁽¹⁴⁾.

Più in particolare, nell'esperienza nordamericana, la *negotiated justice* si caratterizza, oltretutto per l'essere pur sempre correlata all'irrogazione di una pena, anche per l'ammissione di responsabilità (*guilty plea*), che ne è il presupposto. Viceversa, per i programmi di *diversion*, che almeno formalmente non implicano la sottoposizione a misure punitive, si richiede un meno impegnativo *statement of facts*, che nella prassi quasi sempre contiene la c.d. *neither admit or deny clause*⁽¹⁵⁾.

Nel nostro ordinamento, invece, la *negotiated justice* è stata accolta dal legislatore con non poche diffidenze, rese evidenti non solo dal fatto che il c.d. patteggiamento non ha — a differenza dell'omologo a stelle e strisce — applicabilità generalizzata; ma anche dal fatto che, in ossequio al principio di presunzione di innocenza, lo stesso non richiede un'ammissione di colpevolezza: da qui, tra l'altro, la singolarità di una sentenza solo “equiparata” ad una condanna⁽¹⁶⁾. Ad ogni modo, anche il procedimento speciale domestico culmina nell'irrogazione di una pena “richiesta”, appunto, dalle parti; pena che, nella lettura offerta dalla Corte costituzionale, rimane inevitabilmente ancorata — nel nostro ordinamento — al principio rieducativo⁽¹⁷⁾.

Ciò detto, va da sé che la distinzione tra premialità e giustizia negoziata non è affatto netta, anzi i due ambiti spesso si sovrappongono. In effetti, anche le fattispecie premiali abbisognano di un momento processuale, preordinato alla duplice verifica della sussistenza di un fatto punibile e della ricorrenza delle condizioni al verificarsi delle quali la legge accorda il “premio”. Vi sono, poi, meccanismi negoziali a formazione progressiva (o

⁽¹⁴⁾ Per una più diffusa analisi delle questioni evocate, si veda M. CAPUTO, *op. cit.*, p. 279 ss.; G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in AA.VV., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. In ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, atti del convegno organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Giuffrè, Milano, 2002, p. 331.

⁽¹⁵⁾ Nella recente letteratura processualistica in tema di *diversion*, si veda — anche per i profili distintivi evocati — B. BERTOLINI, *Esistono autentiche forme di “diversione” nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 4-2015, p. 47 ss. Sulla prassi statunitense e, più in particolare, circa l'assenza di una ammissione di responsabilità, si cfr. L. ORLAND, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, in *Brook. J. Corp. Fin. & Comm. L.*, 45-2006, p. 74.

⁽¹⁶⁾ Circa il confronto tra il patteggiamento domestico ed il *plea bargaining* statunitense, si rimanda a M. CAPUTO, *op. cit.*, *passim*, in particolare p. 250 ss.

⁽¹⁷⁾ Sin dalla “storica” sentenza della C. Cost., 26 giugno 1990, n. 313.

endoprocessuali), nei quali il comportamento *post factum* si realizza mediante un procedimento speciale, anche eventualmente attraverso la sospensione del medesimo (tipico è il meccanismo di cui all'art. 65 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, che consente all'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, di porre in essere le attività indicate al precedente art. 17).

Ancora, in molti casi l'accesso al patteggiamento richiede che l'indagato o l'imputato abbia preventivamente posto in essere condotte riparatorie (si veda, per esempio, l'art. 13-*bis*, comma 2 D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74); per non parlare dei casi di non punibilità con spiccata finalità deflattiva (come l'istituto di cui all'art. 131-*bis* c.p.).

Ad ogni modo, malgrado le ricordate difficoltà classificatorie, la prospettiva funzionale pare rappresentare — come si tenterà di mettere in luce — una chiave di lettura adeguata a decifrare la materia.

Venendo, da ultimo, alla conciliazione ovvero, secondo la terminologia anglosassone, alla “*restorative justice*”, la stessa si contraddistingue per fare appello alle richiamate tecniche informali di “diversione”, intendendo quest'ultima come qualsiasi deviazione dalla normale sequenza di atti del processo penale, prima della pronuncia sull'imputazione, implicante il coinvolgimento delle parti in un programma non penale⁽¹⁸⁾.

La giustizia conciliativa assolve, così, una funzione di “riabilitazione”, tipica della giustizia penale minorile (che è proprio il terreno originario di coltura di tali meccanismi alternativi di risoluzione della regiudicanda penale), ossia di composizione “morale” e spontanea *ad opera* dell'autore dell'illecito, che si colloca a livello interindividuale, come tale distinta dalla “rieducazione” imposta dallo Stato *sul* condannato⁽¹⁹⁾.

3. Responsabilità degli enti e *restorative justice*.

Sul terreno della responsabilità degli enti, si intende qui focalizzare l'attenzione, in prospettiva comparatistica, su una particolare tendenza dei sistemi di giustizia penale, ossia quella del ricorso sempre più frequente a istituti propri della giustizia minorile a fronte di molteplici disfunzionalità,

⁽¹⁸⁾ Si cfr. “Risoluzioni del XIII Congresso internazionale di diritto penale sul tema «*diversion* e mediazione»” (Cairo, 1-7 ottobre 1985), in *Cass. pen.*, 1985, p. 533.

⁽¹⁹⁾ In questi termini, F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in AA.VV., *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, il Mulino, Bologna, 2015, p. 78-79; L. EUSEBI, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio*, in *op. ult. cit.*, p. 110 ss.

di variegata natura a seconda del contesto di riferimento, che si registrano nella “gestione” del procedimento *de societate*.

Per riprendere le distinzioni sopra proposte, il modello di riferimento non è tanto quello della *negotiated*, bensì quello della *restorative justice*, quasi a voler considerare la “riabilitazione” più facilmente realizzabile se rivolta alle persone giuridiche piuttosto che agli individui⁽²⁰⁾. In altri termini, nei confronti del soggetto corporativo la logica conciliativa risulta sovravanzare quella punitiva.

Sullo sfondo si delinea la tradizionale dialettica tra funzionalità e garantismo: la predilezione per meccanismi informali e *pre-trial* pone, infatti, non pochi problemi di compatibilità con i principi fondamentali del sistema di giustizia penale, specie con riguardo al vaglio del giudice ed alla predeterminazione contenuti (davvero “riabilitativi” o surrettiziamente “punitivi”?) dei programmi di *diversion*.

3.1. *Lo sviluppo della diversion nel sistema nordamericano: dai juvenile offenders agli enti collettivi.*

Prendendo spunto dal titolo del corso, che guarda anche ai “meccanismi di integrazione tra *hard law* e *soft law*”, può anzitutto osservarsi come il vero perno del *criminal justice system* statunitense sia costituito dal principio di discrezionalità dell’azione penale. In effetti le linee guida elaborate dal *Department of Justice (DOJ)*, volte ad orientare l’operato dei *prosecutors*, condizionano non solo le scelte processuali, ma anche quelle sostanziali.

Più in particolare, il regime di imputazione dell’illecito all’ente, in vigore da oltre un secolo, ha da tempo ceduto il passo a nuove tecniche di *enforcement* le quali, nel guardare al momento iniziale del procedimento (prima del *criminal indictment* o persino del *filing* a carico del soggetto corporativo) come sede per eccellenza nella quale innestare meccanismi diversificati di risposta ai reati d’impresa, hanno determinato, da un lato, uno spostamento delle priorità punitive dalla *corporation* alle persone fisiche responsabili; dall’altro, e specularmente, hanno mutato la fisionomia dell’addebito rivolto alla società, cui si richiede in sostanza di collaborare con la giustizia e di assumersi obblighi (almeno formalmente) riparativi⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Così, in termini provocatori, B.L. GARRETT, *Too Big To Jail. How prosecutors compromise with corporations*, The Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts (USA)-Londra, 2014, p. 81 ss.

⁽²¹⁾ Come segnalato, nella letteratura nordamericana, da L.K. GRIFFIN, *Compelled Corporation and the New Corporate Procedure*, in *New York Univ. L.J.*, 2-2007, p. 329;

Per quanto riguarda quest'ultimo profilo, basti qui richiamare la più recente *corporate enforcement policy* in materia di corruzione internazionale secondo la quale, in presenza di una volontaria *self-disclosure*, accompagnata da condotte collaborative e riparatorie, si presumono sussistenti i presupposti per l'archiviazione del procedimento (*declination*), limitando così di fatto la discrezionalità del *prosecutor* a tutto vantaggio delle esigenze di prevedibilità e di certezza provenienti dal mercato⁽²²⁾.

Se la *diversion* nordamericana, mutuata dalla giustizia penale minorile⁽²³⁾, ha per certi versi conservato la sua originaria funzione, ossia quella di scongiurare le conseguenze negative derivanti dalla sottoposizione al procedimento penale promuovendo la *rehabilitation* del soggetto indagato fuori dal sistema di giustizia penale, la stessa ha radicalmente mutato ambito di applicazione. Essa, infatti, viene oggi impiegata soprattutto per fronteggiare i maggiori casi di criminalità d'impresa con l'obiettivo principale di deflazione processuale, imposta dalla necessità di gestire il carico

L. ORLAND, *The Transformation of Corporate Criminal Law*, cit., p. 45. Per quanto riguarda, più in dettaglio, i diversi *memoranda* elaborati nel corso del tempo dal DOJ, può farsi capo al documento del 6 giugno 1999 intitolato “*Bringing Criminal Charges Against Corporations*” (noto come *Holder Memorandum*, dal nome del *Deputy Attorney General* che lo ha redatto), diffuso con l'obiettivo di «fornire [...] linee guida relative ai fattori che il *prosecutor* dovrebbe considerare nel momento di scegliere se incriminare l'ente collettivo nel caso concreto» (documento consultabile all'URL <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2010/04/11/charging-corps.PDF>). Ai fattori elencati dal documento testé citato viene aggiunto, con l'emanazione del *Thompson Memo* (“*Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*”, 20 gennaio 2003, <http://federalevi-dence.com/corporate-prosecution-principles#jan2003>), un ulteriore criterio, ossia la «adeguatezza dell'incriminazione degli individui responsabili dell'illecito». Il successivo *Memo*, varato dal *Deputy Attorney General* Yates (eloquentemente intitolato “*Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*”, 9 settembre 2015, <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>), consolida ulteriormente il mutamento di rotta nelle opzioni di politica criminale del DOJ atteso che, come testualmente si afferma nel documento, «uno dei modi più efficaci per combattere l'illecito d'impresa è individuare le responsabilità dei soggetti che hanno commesso il reato».

⁽²²⁾ In questo senso è stato modificato, nel 2019, l'*U.S. Attorneys' Manual*, para. 9-47.120 (<https://www.justice.gov/jm/jm-9-47000-foreign-corrupt-practices-act-1977>); in argomento, si segnala B.L. GARRETT, *The path of FCPA settlements*, in AA.VV., *Negotiated Settlements in Bribery Cases. A Principled Approach*, a cura di T. SØREIDE, A. MAKINWA, Edward Elgar Publishing, Cheltenham (UK)-Northampton, Massachusetts (USA), 2020, p. 35 ss.

⁽²³⁾ I cc.dd. *pre-trial agreements* sono emersi per la prima volta agli inizi del '900 nell'ambito della giustizia penale minorile, come strumenti volti a scongiurare le ripercussioni, a livello personale e sociale, derivanti dalla sottoposizione al procedimento penale: sul punto, si veda G.F. VITO, D.G. WILSON, *The American Juvenile Justice System*, Sage Publications, Londra, 1985, p. 22.

giudiziario che un sistema di *corporate liability* di tipo vicariale e dall'operatività generalizzata è potenzialmente in grado di generare⁽²⁴⁾.

Un tale cambiamento, tuttavia, non è stato accompagnato da un sufficiente adeguamento ai principi ed alle garanzie fondamentali del *criminal justice system*⁽²⁵⁾.

Per un verso, spicca l'assenza di una regolamentazione per via statutaria non solo dei contenuti del programma di riabilitazione, ma anche del ruolo del giudice⁽²⁶⁾; fermo restando che vi sono prassi che non contemplano alcuno scrutinio da parte della *Court* in quanto lo scambio interviene direttamente tra *prosecutor* ed ente indagato (i cc.dd. *non-prosecution agreements*).

Per altro verso, ed è l'aspetto che qui maggiormente interessa, in certi casi si registra una vera e propria *overreaction* nei confronti dell'ente, attraverso l'imposizione di obblighi dal contenuto sostanzialmente sanzionatorio e dal sapore eticizzante mediante appunto programmi di *diversion*. Una grande eco in letteratura ha avuto, ad esempio, l'accordo concluso da una società, sottoposta a procedimento per fatti di mendacio societario, con l'*U.S. Attorney Office* del Dipartimento del New Jersey, che prevedeva — tra l'altro — l'obbligo di predisporre un programma formativo volto a dimostrare l'impegno della *corporation* a diventare un "cittadino esemplare". Ma, soprattutto, l'ente è stato obbligato ad istituire una cattedra in etica d'impresa in una *law school* nordamericana, non a caso la stessa dalla quale proveniva il *prosecutor* titolare delle indagini⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ Tra gli ultimi casi maggiormente conosciuti, si può richiamare l'accordo concluso nel gennaio 2021 tra la Boeing e il DOJ relativo a presunte frodi commesse dalla società aerospaziale a danno della *Federal Aviation Administration's Aircraft Evaluation Group*, in relazione alle valutazioni da quest'ultima compiute sul modello 737 Max, che è stato al centro dei recenti disastri aerei in Indonesia e in Etiopia (consultabile all'URL <https://www.justice.gov/opa/pr/boeing-charged-737-max-fraud-conspiracy-and-agrees-pay-over-25-billion>).

⁽²⁵⁾ Sulle criticità dell'esperienza statunitense, si veda più diffusamente B.L. GARRETT, *International Corporate Prosecution*, in AA.Vv., *The Oxford Handbook of Criminal Process*, a cura di D.K. BROWN, J. IONTCHEVA TURNER, B. WEISSER, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 423 ss.

⁽²⁶⁾ Per la letteratura italiana su tali aspetti, si veda N. SELVAGGI, «Negotiated settlements» e responsabilità da reato dell'ente. L'esperienza americana e le prospettive di evoluzione del sistema in Italia, in AA.Vv., *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. LUPÀRIA, L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI, Giappichelli, Torino, 2018, p. 221; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 448.

⁽²⁷⁾ Trattasi del *deferred prosecution agreement* concluso tra Bristol Myers Squibb Company e l'*U.S. Attorney Office* del Dipartimento del New Jersey del giugno 2005 (consultabile su <https://www.sec.gov/Archives/edgar/data/14272/000119312505125970/dex992.htm>). In argomento, si veda P. NANDA, *Corporate Criminal Liability in the United*

Trattasi, a ben vedere, di una prevedibile conseguenza del modello di giustizia al quale si è scelto di ricorrere, ossia quello “*restorative*”, contraddistinto — anche in ordinamenti giuridici non improntati al principio di rieducazione della pena — da una funzione marcatamente riabilitativa, che si dispiega fuori dal giudizio e, quindi, a prescindere da un accertamento di responsabilità.

In definitiva, non è poi così remoto il rischio che, dietro le spoglie di una “messa alla prova” tutta protesa alla promozione della cultura del c.d. *good corporate citizen*, si celi in realtà uno strumento di *prosecution* dalla coloratura “paternalistica”, tanto efficace quanto potenzialmente insidioso sotto il profilo delle garanzie processuali e dei diritti fondamentali dell’ente collettivo.

3.2. *L’ibridazione anglosassone tra restorative e negotiated justice.*

Da quanto sinora osservato possono ricavarsi interessanti profili di comparazione con l’esperienza anglosassone.

In particolare, la *Section 45* (e *Schedule 17*) del *Crime and Courts Act* (2013), entrato in vigore in Inghilterra ed in Galles nel 2014 a seguito della pubblicazione di apposite linee guida (“*Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice*”) elaborate congiuntamente dal *Director of the Serious Fraud Office* e dal *Director of Public Prosecutions*, mutua l’esperienza nordamericana dei *deferred prosecution agreements (DPAs)* ma con significative differenze.

Oltremania, infatti, vi è una più rigida codificazione, attraverso la *primary legislation*, dei presupposti della procedura, delle fasi nelle quali quest’ultima si svolge, del contenuto dell’accordo e del vaglio giudiziale, sebbene le previsioni statutarie siano comunque specificate dalle circolari governative testé richiamate⁽²⁸⁾.

La funzione dichiaratamente assegnata ai *DPAs* è duplice.

Da un lato, la riforma si pone come obiettivo quello della semplificazione processuale, anche alla luce della *probatio diabolica* costituita dal principio di identificazione, che notoriamente regola l’imputazione all’ente delle fattispecie connotate da *mens rea*⁽²⁹⁾. Al riguardo, tuttavia, non va

States: Is a New Approach Warranted?, in *Am. J. Comp. L.*, 58-2010, p. 605 ss.; E. PAULSEN, *Imposing Limits On Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements*, in *New York Univ. L. Rev.*, 2007, p. 1434 ss.

⁽²⁸⁾ Più diffusamente in argomento, si rinvia a C. KING, N. LORD, *Negotiated Justice and Corporate Crime. The Legitimacy of Civil Recovery Orders and Deferred Prosecution Agreements*, Pelgrave Pivot, Cham (CH), 2018, *passim*.

⁽²⁹⁾ Come noto, infatti, rispetto alle cc.dd. *mens rea offences* il *prosecutor* è tenuto a dimostrare non solo la configurabilità dell’elemento psicologico richiesto dalla fattispecie in capo ai *controlling officers* (cioè i componenti della “*directing mind and will*” dell’ente), ma anche che la condotta sia stata posta in essere da costoro nell’esercizio delle

trascurato che i *DPA*s vengono utilizzati, nella prassi, soprattutto per contestazioni rivolte agli enti ai sensi della *Section 7* del *Bribery Act* (2010), che prevede criteri di imputazione basati sul diverso paradigma dell'*organizational fault* ⁽³⁰⁾.

Dall'altro lato, attraverso la *diversion* il legislatore anglosassone mira a rendere il sistema domestico nel suo complesso maggiormente competitivo, anche e soprattutto rispetto al *DOJ* statunitense, nell'ambito delle strategie di contrasto a reati, come la corruzione, aventi dimensioni globali ⁽³¹⁾.

Malgrado la maggiore attenzione con la quale è stata codificata la prassi della *diversion*, il modello anglosassone presta comunque il fianco ad alcune criticità.

In effetti, a fronte dell'attenuazione dello *standard* probatorio necessario per accedere alla procedura speciale, la stessa sfocia anche in misure di tipo sanzionatorio: il riferimento è, in particolare, alla previsione di una *financial penalty* come contenuto indefettibile dell'accordo, il cui ammontare va parametrato — secondo quanto espressamente prevede lo statuto — sulla *fine* che la *Court* avrebbe irrogato in caso di *guilty plea* ⁽³²⁾.

A questo proposito, peraltro, si possono segnalare altre ibridazioni con il modello di giustizia negoziata, a cominciare dalla valenza processuale dello *statement of fact*, che è considerato per legge come prova irrefutabile nell'eventuale procedimento apertosi in caso di esito negativo della *diversion* ⁽³³⁾.

loro funzioni, secondo il principio elaborato dalla *House of Lords* nel caso *Tesco Supermarkets Ltd. v. Nattrass* (1972).

⁽³⁰⁾ Per un primo bilancio dell'esperienza anglosassone della *diversion* nel settore della responsabilità degli enti, si rinvia sempre a C. KING, N. LORD, *Negotiated Justice and Corporate Crime*, cit., *passim*.

⁽³¹⁾ U.K. Ministry of Justice, "Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations: Deferred prosecution agreements", maggio 2012, parr. 29, 40 e 43 (documento consultabile all'URL www.consult.justice.gov.uk). La riforma ha riguardato, in prima battuta, l'Inghilterra ed il Galles e dovrebbe essere estesa, in un secondo momento, alla Scozia ed all'Irlanda del Nord (si cfr. U.K. Ministry of Justice, "Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations", cit., par. 11).

⁽³²⁾ Le linee guida, infatti, richiedono, come presupposto di accesso alla "procedura", la ricorrenza di un compendio indiziario tale da far ritenere che l'ente abbia commesso l'illecito e che la prosecuzione delle indagini potrà condurre, in tempi ragionevoli, ad una "realistica prospettiva di condanna": "Deferred Prosecution Agreements. Code of Practice", pubblicato dal *Serious Fraud Office* e dal *Crown Prosecution Service* (consultabile su www.sfo.gov.uk), parr. 1.2, i) e 2.2, ii). Quanto alla *financial penalty*, la stessa è prevista tra i contenuti del *DPA* dalla *Section 45*, par. 5 (3) dello statuto.

⁽³³⁾ *Crime and Courts Act 2013*, *Section. 45* e *Schedule 17*, par. 13 (1)-(2).

Tanto che, come alcune recenti ricerche hanno dimostrato, per le imprese risulta preferibile il ricorso al *guilty plea* il quale, peraltro, statisticamente comporta l'irrogazione di una *fine* di importo inferiore alla *financial penalty* di cui si è detto⁽³⁴⁾.

3.3. *Il sistema italiano di responsabilità da reato degli enti: le incertezze applicative e le prospettive di riforma.*

Il tema della responsabilità da reato degli enti è senz'altro troppo vasto per essere adeguatamente approcciato in questa sede. Tuttavia, dalla prospettiva comparatistica prescelta, possono evidenziarsi taluni aspetti che, assieme ad altri, valgono a contraddistinguere il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

In primo luogo, la logica premiale è connaturata allo stesso sistema, imperniato com'è non sul binomio obbligo-sanzione, bensì su quello onere-benefici. Del resto, l'ordito normativo è disseminato di fattispecie premiali, tanto sul versante sostanziale (si pensi all'attenuante prevista dall'art. 12 del decreto; alla non applicabilità delle sanzioni interdittive alle condizioni indicate dal successivo art. 17; alla disciplina del recesso attivo di cui all'art. 26, comma 2, ecc.) quanto su quello processuale (con particolare riguardo ai meccanismi di sospensione e revoca delle misure cautelari di cui agli artt. 49 e 50 del decreto)⁽³⁵⁾.

In secondo luogo, il procedimento *de societate* assegna una significativa discrezionalità al pubblico ministero proprio nella fase di archiviazione del procedimento: il riferimento è, evidentemente, alla singolare disciplina di cui all'art. 58 del D.Lgs. n. 231 del 2001⁽³⁶⁾. Una discrezionalità che, insieme alla predilezione per soluzioni negoziali (ovvero il patteggiamento,

⁽³⁴⁾ N. LORD, C. KING., S. HAWLEY, *Where Next for Deferred Prosecution Agreements?*, in *L. Soc. Gaz.*, rivista online, 16 gennaio 2020 (consultabile all'URL <https://www.lawgazette.co.uk/commentary-and-opinion/where-next-for-deferred-prosecution-agreements/5102733.article>).

⁽³⁵⁾ Sulla premialità, nell'ambito di un sistema sanzionatorio, quale quello di cui al d.lgs. n. 231/2001, ispirato alla filosofia "*carrot and stick*", si veda per tutti — anche per le considerazioni che seguono — C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. cont.*, 4-2019, p. 4 ss.; P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze, M. Mantovani, il Mulino, Bologna, 2016, p. 74.

⁽³⁶⁾ Sul dibattito circa la legittimità costituzionale dall'art. 58 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, per contrasto con l'art. 112 Cost., si veda, nella letteratura più recente, R.A. RUGGERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 58.

spesso richiesto già in sede cautelare nella peculiare udienza a contraddittorio anticipato di cui all'art. 47 D.Lgs. n. 231 del 2001), hanno in effetti sinora dominato la prassi applicativa⁽³⁷⁾.

Da ultimo, e si tratta senz'altro — per ciò che qui interessa — del profilo più rilevante, l'autentico fulcro della disciplina, nonché il suo vero e proprio *punctum dolens*, consiste nel giudizio sull'idoneità e sull'efficace attuazione del modello di organizzazione, gestione e controllo eventualmente adottato dall'ente ai sensi degli artt. 6 e 7 D.Lgs. n. 231 del 2001. L'esiguità dei parametri legislativi volti ad orientare il vaglio giudiziale espone l'intero sistema di imputazione all'evidente — ed ampiamente discusso — pericolo che il giudice, sostituendo la doverosa valutazione *ex ante* con una *ex post* ed atteggiandosi così non da “fruitore” delle norme organizzative bensì da “nomoteta”, giunga ad un giudizio che è giocoforza di inidoneità o di inefficace attuazione del “programma di conformità” nonostante il quale l'evento si è, appunto, verificato (secondo la fallacia logica del *post hoc ergo propter hoc*)⁽³⁸⁾.

Proprio le ricordate difficoltà applicative hanno portato la dottrina a riflettere su possibili riforme⁽³⁹⁾. Tra le diverse soluzioni proposte, si è suggerito di introdurre meccanismi di *diversion*, quale quello della sospensione del procedimento con messa alla prova, istituito come noto già esportato dal rito minorile a quello ordinario per gli adulti in tempi nemmeno troppo recenti⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁷⁾ Si considerino, in proposito, i dati riportati nei bilanci di responsabilità sociale pubblicati, a partire dal 2011, dalla Procura della Repubblica di Milano dai quali risulta un divario eclatante tra iscrizione dei reati presupposto (nei confronti delle persone fisiche) e corrispondenti annotazioni a carico degli enti (consultabili all'URL <https://www.procura.milano.giustizia.it/bilancio-sociale.html>). Ora, se è vero che la *notitia criminis* rivolta all'impresa richiede una delibazione su elementi ulteriori rispetto alla astratta configurabilità del reato, è parimenti certo che tale differenza viene espressamente giustificata, nel bilancio del 2016, dal fatto che l'azione punitiva nei confronti dell'ente è ancora ritenuta discrezionale. Proprio in ragione dell'incertezza che avvolge il sistema di imputazione dell'illecito all'ente nel sistema italiano, l'esperienza applicativa ha sinora visto un preponderante ricorso, tra gli altri riti speciali, a quello del patteggiamento: sul punto, si veda tra molti si cfr. F. RUGGIERI, *Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale. Procedimenti per reati d'impresa a carico di persone ed enti tra sinergie e conflitti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 935 ss.

⁽³⁸⁾ Sul punto, da ultimo, V. MANES, *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. comm.*, 4-2021, p. 633 ss.

⁽³⁹⁾ Le diverse proposte di riforma avanzate in letteratura sono state, tra l'altro, compendiate in AA.VV., *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, a cura di A. FIORELLA, R. BORGOGNO, A.S. VALENZANO, Jovene editore, Napoli, 2015.

⁽⁴⁰⁾ Sulla proposta di estensione del procedimento della messa alla prova agli enti collettivi, si vedano G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa*

Al riguardo, se si ritiene opportuno attribuire un peso ancor più decisivo al contegno reattivo dell'ente, risulta più congeniale ricorrere alla premialità, o meglio valorizzarla maggiormente rispetto a quanto non lo sia già nel sistema attuale. Tale categoria, infatti, oltre ad essere stata ampiamente sperimentata in ambito domestico, è suscettibile di porsi maggiormente in aderenza con i principi fondamentali del sistema di giustizia penale, assicurando al contempo l'efficienza e l'efficacia dello strumento sanzionatorio.

Con minore approssimazione, rispetto alla *restorative justice* (sul modello della *diversion* nordamericana), la partita si gioca — ancora una volta — sul piano *funzionale*: mentre la sanzione *positiva* si giustifica solo a fronte di una condotta *post factum* dell'ente preordinata alla tutela tardiva l'interesse tutelato dal legislatore, ossia l'autorganizzazione aziendale in chiave preventiva, in ossequio al canone di materialità-offensività ed ai vincoli imposti alla libertà di iniziativa economica⁽⁴¹⁾; il paradigma della giustizia conciliativa, calato nel peculiare contesto della responsabilità corporativa, porta con sé il rischio che la “riabilitazione” scada in derive eticizzanti e “paternalistiche” come quelle emerse dell'esperienza *made in USA*.

In realtà, un discorso parzialmente diverso va fatto per l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova il quale, nel nostro ordinamento, ha una natura ibrida, a cavallo tra *restorative* e *negotiated justice*, dal momento che lo stesso culmina in una misura sanzionatoria (il lavoro di pubblica utilità) orientata anche alla prevenzione speciale. Al riguardo, rispetto alla proposta — autorevolmente sostenuta — di estendere alla *societas* il meccanismo nostrano di *probation* “giudiziale”, senza considerare i profili problematici di un istituto che si pone «sul filo del rasoio costituzionale»⁽⁴²⁾, risulterebbe comunque difficile ipotizzare una siffatta prestazione a carico dell'ente di contenuto diverso dalle condotte riparatorie e risarcitorie di cui ai citati artt. 12 e 17 d.lgs. n. 231/2001, eventualmente accompagnate dalla collaborazione processuale; per cui — pure

alla prova, in *Resp. soc. enti*, 4-2016, 9 ss.; R.A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, cit., 171 ss.

⁽⁴¹⁾ Si rimanda sempre a FED. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., p. 59 ss. Nel senso che l'«intero sistema di responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001 deve essere inteso come strumento e non limite alla libertà d'impresa» si veda P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in AA.VV., *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, cit., p. 74.

⁽⁴²⁾ Riprendendo il titolo del contributo di P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in AA.VV., *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, a cura di M. DANIELE, P. PAULESU, Giappichelli, Torino, 2015.

sotto questo profilo — non vi sarebbe motivo per discostarsi dal modello premiale che già connota il decreto: si tratterebbe, proprio, di valorizzarlo.

In altri termini, rispetto al soggetto metaindividuale, le difficoltà che si riscontrano nell'ipotizzare una funzione di prevenzione speciale (e anche di colpevolezza) in senso diverso da quello normativo portano a ritenere che la condotta riparativa, se posta in essere *volontariamente* dall'ente dopo la commissione del reato presupposto, ben possa determinare una ritrazione della potestà punitiva in ragione del venir meno di un suo bisogno, senza necessità di congegnare un più "impegnativo" intervento di riabilitazione o di rieducazione del soggetto metaindividuale⁽⁴³⁾. In quest'ottica, la particolare adattabilità della categoria della (non) punibilità rispetto al sistema di responsabilità da reato degli enti risiede, appunto, proprio nella natura restaurabile del bene giuridico di riferimento.

4. Il ruolo delle autorità amministrative nelle dinamiche negoziali e conciliative. Dalla *self-regulation* alla *co-regulation*.

Infine, con riferimento all'ultimo tema evocato dal titolo del presente contributo, ossia quello del ruolo delle autorità amministrative, va anzitutto rilevato che le stesse rappresentano gli interlocutori pubblici privilegiati nell'ambito delle dinamiche negoziali e conciliative sopra richiamate.

Guardando al nostro ordinamento e focalizzando l'attenzione, anzitutto, sul piano delle vicende della punibilità del reato commesso dalla persona fisica, le ipotesi sono numerose, ancorché disseminate in ordine sparso tra le pieghe della legislazione speciale e non accomunate da una strategia preventiva unitaria.

Si pensi, ad esempio, al meccanismo di sospensione del procedimento e successiva estinzione del reato a seguito — tra l'altro — dell'adempimento delle prescrizioni impartite dall'organo di vigilanza, originariamente previsto per gli illeciti in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (artt. 301 e 301-*bis* del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81) e ripreso anche dalla riforma dei reati ambientali intervenuta con la L. 22 maggio 2015, n. 68 (di modifica del codice dell'ambiente di cui al D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152)⁽⁴⁴⁾; si consi-

⁽⁴³⁾ Sulla categoria della colpa di organizzazione, si veda per tutti C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, p. 167 ss.

⁽⁴⁴⁾ Al riguardo, si segnalano tra molti G. AMARELLI, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Jovene editore, 2009, *passim*; V. VALENTINI, *Contravvenzioni e meccanismi premiali*, in AA.VV., *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, a cura di D. CASTRINUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, Bononia University Press, Bologna, 2016, p. 174 ss. Sul ruolo che assume la riparazione nel diritto

derino, ancora, le cause di non punibilità ricollegate, seppur con regimi differenziati in ragione del disvalore associato al tipo di illecito, alla regolarizzazione della posizione del contribuente con l'Amministrazione finanziaria (art. 13 D.Lgs. n. 74 del 2000, così come modificato dapprima dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, e da ultimo dal D.L. 26 ottobre 2019, n. 124, conv. mod. L. 19 dicembre 2019, n. 157)⁽⁴⁵⁾.

L'assenza, come si è detto, di una strategia preventiva unitaria è resa evidente dal fatto che tali ipotesi di non punibilità sopravvenuta non “comunicano” con il piano della responsabilità *ex crimine* degli enti. Il tema, come noto, ha richiamato l'attenzione della dottrina a seguito dell'introduzione dei delitti tributari all'interno della sezione III del capo I del D.Lgs. n. 231/2001 (a seguito dell'entrata in vigore del predetto D.L. n. 124 del 2019 e, successivamente, del D.Lgs. 14 luglio 2020, n. 75).

Al riguardo, l'irragionevolezza del sistema risulta derivare, a ben vedere, non tanto dalla mancata previsione di un automatismo tra non punibilità dell'autore del reato ed esonero della responsabilità della *societas*, quanto piuttosto dall'assenza di una fattispecie premiale all'interno del D.Lgs. n. 231 del 2001 la quale stabilisca la non “sanzionabilità” del soggetto corporativo nel caso in cui lo stesso, a seguito della commissione di un reato al suo interno, non solo abbia riparato quest'ultimo, ma abbia altresì rimediato alla lacuna organizzativa che lo ha determinato, adempiendo così, seppur *post factum*, al compito affidatogli dall'ordinamento⁽⁴⁶⁾.

Più in generale, la premialità dovrebbe guardare *in primis* proprio al soggetto corporativo in quanto lo stesso, oltre ad essere il “beneficiario” in senso lato del reato (altrimenti la sua responsabilità sarebbe esclusa ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 231 del 2001), è quasi sempre l'unico in grado di fatto di attivarsi per porre in essere le condotte reintegratorie.

penale ambientale, si rimanda più diffusamente a C. RUGA RIVA, *Bonifica e ripristino nel diritto penale ambientale. Il ruolo delle condotte riparatorie nelle dinamiche della punibilità e la natura degli obblighi ripristinatori*, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA, Giuffrè, Milano, 2018, p. 719 ss.

⁽⁴⁵⁾ Per un commento, si rinvia, nella più recente manualistica di settore, a A. LANZI, P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, III ed., Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 117 ss.

⁽⁴⁶⁾ In senso parzialmente difforme, ritenendo irragionevole la mancata previsione di un automatismo tra non punibilità dell'autore del reato ed esonero della responsabilità della *societas*, R. BARTOLI, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.*, 3-2020, p. 219. Circa la proposta di un ripensamento della premialità nel sistema di cui al D.Lgs. n. 231/2001, sia consentito rinviare ancora a FED. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., *passim*, in particolare 294 ss.

Da questa angolazione prospettica, maggiormente soddisfacente risulta essere l'interessante soluzione recentemente proposta, in materia ambientale, dal disegno di legge denominato "Terra mia" il quale, da un lato, mira ad estendere l'ambito applicativo della predetta procedura di estinzione delle contravvenzioni in materia ambientale e, dall'altro, contiene previsioni specifiche rivolte agli enti. Più in dettaglio, questi ultimi, anche eventualmente attraverso un meccanismo sospensivo del procedimento *de societate*, verrebbero chiamati non solo ad adempiere i specifici obblighi indicati dall'organo accertatore, ma altresì a adottare "misure correttive" volte ad eliminare la carenza organizzativa riscontrata, ottenendo — in caso di esito positivo — l'estinzione dell'illecito⁽⁴⁷⁾.

Si delinea, così, una strategia integrata e multi-livello attuata, *ante factum*, attraverso previsioni incriminatrici che puniscono l'offesa al bene giuridico tutelato e, *post factum*, mediante fattispecie premiali che accordano la non punibilità in caso di realizzazione di condotte reintegrazione del bene stesso.

A conclusione delle considerazioni sinora esposte, dal confronto con le soluzioni adottate in altri ordinamenti pare delinearsi un ruolo ancor più centrale e pregante delle autorità amministrative, con effetti dirompenti per l'attuale paradigma regolatorio⁽⁴⁸⁾.

Si tratterebbe, infatti, di valutare l'opportunità di passare da un modello di *self-regulation* a uno di *co-regulation*, attraverso la definizione di mezzi e

(47) Lo schema di disegno di legge "Terra mia" è consultabile all'URL https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/11/DDL-TERRA-MIA_20200922_2020.pdf (si cfr., in particolare, gli artt. 8 e 12).

(48) Al riguardo, si può ricordare l'esperienza maturata negli Stati Uniti d'America in materia di tutela dell'ambiente: in questo settore, l'operatività di apposite agenzie governative (tra le quali l'*Environmental Protection Agency*, istituita già nel 1970), nelle quali convergono importanti risorse e competenze, contribuisce a conferire al sistema un elevato grado di dinamicità e di flessibilità. Nella prassi, infatti, non è infrequente che si addivenga ad un confronto diretto con le imprese, al fine non solo di ottenere un recupero postumo dell'osservanza del piano regolamentare imposto dall'autorità, evitando il ricorso alla *prosecution*; ma anche, e più radicalmente, di definire "a monte" altri livelli di *compliance*, consolidando così modelli "dinamici" di tutela. Un altro settore di sperimentazione della regolamentazione "ibrida" pubblico-privata è, come noto, quello della lotta alla corruzione, anche internazionale. Su questo terreno, guardando a quanto accade nei Paesi a tradizione giuridica europeo-continentale, la strategia preventiva costituisce una delle architravi della legislazione d'Oltralpe varata nel 2016 (nota come *loi Sapin II*), che introduce — fra l'altro — l'obbligo per le imprese pubbliche e private di certe dimensioni di adottare misure dirette a prevenire la commissione, in Francia o all'estero, di fatti di reato; a tale riguardo, l'*Agence française anticorruption* è incaricata di controllare l'adozione e la corretta esecuzione di tali misure, attivando — in caso di inadempimento — i suoi poteri sanzionatori.

procedure di tipo generale volti alla “istituzionalizzazione” dell’attività svolta dai soggetti economici dotati di particolari risorse conoscitive ed operative, con l’obiettivo ultimo di rendere possibile un loro accesso alle informazioni in materia di rischi. In effetti, le fonti di pericolo (ossia gli agenti che svolgono attività pericolose) sono in genere quelle che dispongono delle maggiori conoscenze sui rischi e sono tendenzialmente (anche se non esclusivamente) le più idonee ad attivare in modo efficace e tempestivo le necessarie cautele preventive, pur non essendo spesso in grado di controllare con i propri soli mezzi i pericoli eventualmente generati⁽⁴⁹⁾.

Trattasi di un paradigma che in realtà, per certi aspetti, trova già *in nuce* alcune applicazioni nel nostro ordinamento. In materia di appalti pubblici, si pensi alla vigilanza collaborativa prevista da disposizioni regolamentari che le stazioni appaltanti possono chiedere all’ANAC di svolgere, anche appunto in via preventiva, al fine di verificare la conformità degli atti di gara alla normativa di settore, di individuare le clausole e le condizioni idonee a prevenire tentativi di infiltrazione criminale, nonché di monitorare lo svolgimento della procedura di gara e l’esecuzione dell’appalto.

Un altro settore recentemente rimodellato in direzione del “dialogo a monte” fra impresa ed autorità è notoriamente quello del diritto penale fallimentare, così come ridisegnato dal Codice della crisi d’impresa di (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14): lo stesso, infatti, introduce all’art. 25, comma 2 (rubricato, appunto “misure premiali”) una causa di non punibilità, per le ipotesi delittuose ivi indicate, che si applica «limitatamente alle condotte poste in essere prima dell’apertura della procedura» in caso di tempestiva presentazione dell’istanza all’organismo di composizione assistita della crisi d’impresa ovvero della domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione previste dal codice medesimo, ogniqualvolta «a seguito delle stesse, viene aperta una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti»; ciò sempre che il danno cagionato sia di particolare tenuità⁽⁵⁰⁾.

Più in generale, al ritrarsi dello Stato dalla diretta regolazione, mediante l’incentivazione di strategie di autodisciplina e di *compliance* da parte degli operatori economici, dovrebbe fare da contraltare — secondo la prospettiva evolutiva in discorso — una normazione “ibrida”, affidata alla “cogestione” pubblico-privata (non solo leggi, ma anche strumenti di

⁽⁴⁹⁾ Proposta avanzata già da G. FORTI, “Accesso” alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, p. 221 ss.

⁽⁵⁰⁾ Tra i primi commenti della letteratura penalistica alla c.d. riforma Rordorf, si segnalano: A. ALESSANDRI, *Novità penalistiche nel codice della crisi dell’impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1815 ss.

soft law come *best practices*, convenzioni, protocolli, codici di autoregolamentazione, ecc.) che consenta, da un lato, di sfruttare appieno le migliori conoscenze possedute da questi ultimi circa le situazioni di rischio dagli stessi create e gestite e, dall'altro, di recuperare in capo ai decisori pubblici una funzione di "assistenza" nell'ideazione e nell'attuazione di strumenti di prevenzione. Per questa via, tra le funzioni principali assegnate alla normazione di origine statutale vi sarebbe quella di individuare un perimetro procedurale entro il quale svolgere una pratica di bilanciamento di interessi tra gli attori sociali coinvolti.

Bibliografia

- AA.VV., *Procedure penali d'Europa*, diretto da M. Delmas-Marty, II ed. a cura di M. CHIAVARIO, Cedam, Padova, 2001.
- AA.VV., *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, a cura di A. FIORELLA, R. BORGOGNO, A.S. VALENZANO, Jovene editore, Napoli, 2015.
- ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche*, il Mulino, Bologna, 2010.
- ALESSANDRI A., *Novità penalistiche nel codice della crisi dell'impresa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1815-1858.
- AMARELLI G., *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Jovene editore, Napoli, 2009.
- BAMBERGER A., *Regulation as Delegation: Private Firms, Decision-making, and Accountability in the Administrative State*, in *Duke L.J.*, 56-2006, 377-468.
- BARTOLI R., *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.*, 3-2020, 219-229.
- BERTOLINI B., *Esistono autentiche forme di "diversione" nell'ordinamento processuale italiano? Primi spunti per una riflessione*, in *Dir. pen. cont.*, 4-2015, 48-59.
- BOBBIO N., *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. civ.*, 1969, 1312-1329.
- BRICOLA F., *Diritto premiale e sistema penale*, atti del VII Simposio di studi di diritto e procedura penale (Como, 26-27 giugno 1981), Giuffrè, Milano, 1983.
- CAPUTO M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene editore, Napoli, 2009.
- COCCO G., *La punibilità quarto elemento del reato*, in AA.VV., *Trattato breve di diritto penale*, diretto da G. Cocco, E.M. Ambrosetti, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2017.
- DAMAŠKA M.R., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, trad. it. a cura di A. GIUSSANI e di F. ROTA, il Mulino, Bologna, 1986.
- DELMAS-MARTY M., *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, Parigi, 2004.
- DONINI M., *Non punibilità e idea negoziale*, in *L'Ind. Pen.*, 3-2001, 1036-1061.
- EUSEBI L., *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio*, in AA.VV., *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, il Mulino, Bologna, 2015.

- FERRUA P., *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in AA.Vv., *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio in absentia*, a cura di M. DANIELE, P. PAULESU, Giappichelli, Torino, 2015.
- FIDELBO G., RUGGIERO R.A., *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova*, in *Resp. soc. enti*, 4-2016, 3-19.
- FORTI G., "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *Criminalia*, 2006, 155-225.
- GARRETT B.L., *Too Big To Jail. How prosecutors compromise with corporations*, The Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts (USA) - Londra, 2014.
- GARRETT B.L., *International Corporate Prosecution*, in AA.Vv., *The Oxford Handbook of Criminal Process*, a cura di D.K. BROWN, J. IONTCHEVA TURNER, B. WEISSER, Oxford University Press, Oxford, 2019.
- GARRETT B.L., *The path of FCPA settlements*, in AA.Vv., *Negotiated Settlements in Bribery Cases. A Principled Approach*, a cura di T. SØREIDE, A. MAKINWA, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK-Northampton, Massachusetts, 2020.
- GRIFFIN L.K., *Compelled Corporation and the New Corporate Procedure*, in *New York Univ. L.J.*, 2-2007, 101-168.
- KING C., LORD N., *Negotiated Justice and Corporate Crime. The Legitimacy of Civil Recovery Orders and Deferred Prosecution Agreements*, Pelgrave Pivot, Cham (CH), 2018.
- LANZI A., ALDROVANDI P., *Diritto penale tributario*, III ed., Wolters Kluwer, Milano, 2020.
- LORD N., KING C., HAWLEY S., *Where Next for Deferred Prosecution Agreements?*, in *L. Soc. Gaz.*, rivista online, 16 gennaio 2020.
- MANES V., *Realismo e concretezza nell'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo*, in *Giur. comm.*, 4-2021.
- MARINUCCI G., *Relazione di sintesi*, in AA.Vv., *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. In ricordo di Adolfo Beria di Argentine*, atti del convegno organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Giuffrè, Milano, 2002.
- MAZZACUVA FED., *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2020.
- MONGILLO V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018.
- NANDA P., *Corporate Criminal Liability in the United States: Is a New Approach Warranted?*, in *Am. J. Comp. L.*, 58-2010, 605-630.
- NELKEN D., *Comparative Criminal Justice: Making Sense of Difference*, Sage Publications, Londra-Thousand Oaks, California (USA)-New Delhi-Singapore, 2010.
- ORLAND L., *The Transformation of Corporate Criminal Law*, in *Brook. J. Corp. Fin. & Comm. L.*, 45-2006, 45-85.
- PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in AA.Vv., *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, il Mulino, Bologna, 2015.
- PALAZZO F., *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. pen.*, rivista online, 19 dicembre 2019.

- PALIERO C.E., C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2006, 167-184.
- PAULSEN E., *Imposing Limits On Prosecutorial Discretion in Corporate Prosecution Agreements*, in *New York Univ. L. Rev.*, 2007, 1413-1469.
- PIERGALLINI C., *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. cont.*, 4-2019, 530-550.
- RUGA RIVA C., *Bonifica e ripristino nel diritto penale ambientale. Il ruolo delle condotte riparatorie nelle dinamiche della punibilità e la natura degli obblighi ripristinatori*, in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA, Giuffrè, Milano, 2018.
- RUGGERO R.A., *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, Torino, 2018.
- RUGGIERI F., *Reati nell'attività imprenditoriale e logica negoziale. Procedimenti per reati d'impresa a carico di persone ed enti tra sinergie e conflitti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 921-944
- SELVAGGI N., «Negotiated settlements» e responsabilità da reato dell'ente. *L'esperienza americana e le prospettive di evoluzione del sistema in Italia*, in AA.VV., *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. LUPÀRIA, L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI, Giappichelli, Torino, 2018.
- SEVERINO P., *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in AA.VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. CENTONZE, M. MANTOVANI, il Mulino, Bologna, 2016.
- VALENTINI V., *Contravvenzioni e meccanismi premiali*, in AA.VV., *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, a cura di D. CASTRONUOVO, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, V. VALENTINI, Bononia University Press, Bologna, 2016.
- VITO G.F., WILSON D.G., *The American Juvenile Justice System*, Sage Publications, Londra, 1985.

FABIO NICOLICCHIA

CONFLITTI D'INTERESSE TRA ENTE E PERSONA FISICA NELLE DINAMICHE DEL PROCESSO *DE SOCIETATE*

SOMMARIO: 1. *Compliance* cooperativa e conflitti d'interesse tra gli attori del processo *de societate*. — 2. Il caso delle *internal investigations*. — 3. Gli istituti tipici: incompatibilità a testimoniare, rappresentanza dell'ente e notificazioni alla persona giuridica. — 4. Rilievi conclusivi: la desiderabilità politico-criminale del premio nel sistema 231.

1. *Compliance* cooperativa e conflitti d'interesse tra gli attori del processo *de societate*.

L'ente accusato dell'illecito amministrativo ai sensi del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 e la persona fisica imputata possono stringere un'alleanza difensiva diretta a contestare la sussistenza del reato presupposto con l'intento di pervenire così ad un epilogo liberatorio per entrambi i protagonisti dell'accertamento 231⁽¹⁾. Sono però altrettanto verosimili scenari diversi, in cui i due attori perseguono strategie processuali pregiudizievoli per la posizione del rispettivo antagonista.

Un deciso incentivo allo sviluppo di queste dinamiche conflittuali proviene del resto dagli stessi istituti a connotazione premiale presenti all'interno del Decreto 231, notoriamente caratterizzato da una vocazione spiccatamente special-preventiva⁽²⁾. Costituisce eloquente espressione di tale

⁽¹⁾ Sempre a patto che sia effettivamente contestata una responsabilità cumulativa di ente ed individuo, esito non scontato alla luce del disposto dell'art. 8 del Decreto. Sui caratteri sostanziali del cumulo di responsabilità, anche con riferimento alle relative implicazioni processuali, cfr. V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 103 ss. e p. 236 ss.

⁽²⁾ In argomento, tra gli altri, M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Jovene, Napoli, 2009, p. 332 ss.; C. FRANZONI, *Il sistema sanzionatorio e cautelare. Riflessioni sull'effettività*, in AA.VV., *Il processo penale de societate*, a cura di A. BERNASCONI, Giuffrè, Milano, 2006, p. 108. Il carattere in esame non manca peraltro di suscitare comprensibili preoccupazioni in chi denuncia il rischio che l'ente sia « costretto, più che invogliato, al dialogo e al consenso ». In questi termini

impronta il meccanismo disciplinato dall'art. 17, che preclude l'applicazione delle sanzioni interdittive qualora la persona giuridica abbia realizzato prima del dibattimento le condotte riparatorie descritte dalla norma⁽³⁾. Nella medesima prospettiva si muove anche l'art. 49 del Decreto, ai sensi del quale la misura cautelare già applicata potrà essere sospesa qualora la società manifesti la volontà di realizzare i medesimi adempimenti. L'integrale risarcimento del danno e l'eliminazione delle conseguenze ascrivibili all'azione delittuosa, unitamente all'offerta del profitto « conseguito », finiscono dunque per fungere da riconoscimento almeno indiretto dell'avvenuta integrazione degli elementi costitutivi di una condotta penalmente rilevante, pregiudicando una difesa orientata a negare in radice la commissione del reato presupposto.

Si pensi poi nella medesima prospettiva al disposto dell'art. 11 del d.lgs. 231/2001 che, in materia di determinazione della sanzione pecuniaria, impone al giudice di tenere conto anche « dell'attività svolta per eliminare o attenuare le conseguenze del fatto e per prevenire la commissione di ulteriori illeciti », o ancora al successivo art. 12, il quale accorda un'ulteriore diminuzione della sanzione qualora l'ente, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, abbia « risarcito integralmente il danno e [...] eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato » ed al contempo « adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi ».

Più di recente spicca soprattutto il disposto dell'art. 25 comma 5-*bis* d.lgs. n. 231/2001, introdotto ad opera della legge 9 gennaio 2019, n. 3, ove si premia con uno sconto sanzionatorio l'ente che prima della sentenza di primo grado si è « efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per *assicurare le prove dei reati* e per *l'individuazione dei responsabili* ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite », avendo altresì « eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizza-

G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 98-99.

⁽³⁾ Esito peraltro assai appetibile non solo in ragione della stessa mitigazione del trattamento sanzionatorio ma, in prospettiva squisitamente processuale, anche ai fini della possibilità di definire il procedimento nelle forme dell'applicazione della sanzione su richiesta ex art. 63 del Decreto, il quale ammette il rito speciale « in tutti i casi in cui per l'illecito amministrativo è prevista la sola sanzione pecuniaria ». Segnala opportunamente tale aspetto FED. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 283.

tivi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi»⁽⁴⁾. Un simile beneficio, tanto più se collegato ad una certa disinvoltura nella concreta individuazione degli elementi costitutivi della responsabilità 231 al momento della contestazione dell'illecito, consegna all'accusa un formidabile strumento di "pressione" utile a «lucrare dalla persona giuridica la dimostrazione dell'elusione fraudolenta del modello» da parte dell'individuo⁽⁵⁾.

Ma la spinta verso il "cooperativismo" non rappresenta un tratto esclusivo dell'accertamento *de societate*. Anche sul fronte delle disposizioni applicabili alla persona fisica vengono infatti in rilievo diversi istituti che presuppongono un qualche atteggiamento collaborativo da parte dell'imputato, pur senza che un simile contegno risulti espressamente annoverato tra i requisiti per l'applicazione del trattamento preferenziale. Si pensi a come l'individuo possa ad esempio essere indotto ad assecondare eventuali richieste degli inquirenti al fine di concludere un vantaggioso accordo di applicazione della pena, o anche per accedere ad un regime cautelare meno afflittivo⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Nella specie, la sanzione interdittiva andrebbe in questo caso sempre contenuta entro i limiti di cui all'art. 13 comma 2 del Decreto. Trattasi dunque di un vantaggio tutto sommato esiguo se rapportato agli oneri a carico della persona giuridica, vantaggio che differisce peraltro in maniera significativa rispetto all'ipotesi di non punibilità introdotta dall'art. 323-ter c.p. in favore della persona fisica al ricorrere di circostanze pressoché analoghe. Su questa discrepanza, interrogandosi anche in ordine alle sorti del procedimento nei confronti dell'ente nell'eventualità dell'applicazione dell'istituto codicistico, A. ALBERICO, *Non punibilità per collaborazione processuale nei delitti di corruzione*, in *Arch. pen.* (web), 2020/1, p. 26 ss. In prospettiva più generale va detto che ulteriori spazi per il ricorso a forme di premialità non istituzionalizzata potrebbero annidarsi nella peculiare attuazione che il principio di obbligatorietà dell'azione penale riceve nel processo *de societate*. L'ente cooperante potrebbe infatti essere tenuto immune da conseguenze sanzionatorie di sorta attraverso un'archiviazione sottratta al rigido controllo giurisdizionale previsto invece agli artt. 408 ss. c.p.p., ovvero sostenendo ancor prima la natura discrezionale dell'onere di annotazione dell'illecito amministrativo da reato. Cfr. al riguardo R.A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 4 ss., la quale pure propende per l'obbligatorietà dell'adempimento. In tema si veda anche C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 530 ss.; nonché da ultimo O. MAZZA, *Conclusioni delle indagini e udienza preliminare*, in AA.VV., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, a cura di G. LATTANZI, P. SEVERINO, Giappichelli, Torino, 2020, p. 226 ss.

⁽⁵⁾ Così G. FIORELLI, *Il diritto alla contestazione dell'illecito dependente da reato, tra istanze di semplificazione probatoria e forme di responsabilità "senza fatto"*, in AA.VV., *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. LUPÁRIA, L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI, Giappichelli, Torino, 2018, p. 118 ss.

⁽⁶⁾ Per rilievi analoghi, seppur dalla prospettiva dell'ente e dunque con specifico riguardo agli istituti del d.lgs. n. 231/2001 cfr., volendo, F. NICOLICCHIA, *Corporate internal investigations e diritti dell'imputato del reato presupposto nell'ambito della responsabilità «penale» degli enti: alcuni rilievi sulla base della «lezione americana»*, in *Riv. trim.*

In termini assai più diretti, e similmente rispetto a quanto si è visto accadere poco sopra in relazione al nuovo art. 25 comma 5-*bis* d.lgs. n. 231/2001, l'art. 323-*ter* c.p. sancisce inoltre una speciale causa di non punibilità in favore di chi denuncia volontariamente taluni gravi reati contro la pubblica amministrazione «e fornisce indicazioni utili e concrete per *assicurare la prova del reato* e per *individuare gli altri responsabili*»⁽⁷⁾. Appare pertanto pressoché inevitabile per l'imputato interessato a quest'immunità sanzionatoria impegnarsi in una *full disclosure* estesa anche agli eventuali profili di colpevolezza della persona giuridica ove simile responsabilità risulti anche solo astrattamente ipotizzabile.

L'esistenza di un conflitto latente tra l'individuo e l'ente accusato dell'illecito 231 rappresenta insomma un'eventualità tutt'altro che remota nell'attuale contesto ordinamentale, il che induce ad interrogarsi in merito ad alcuni risvolti problematici dello scenario descritto. Bisogna in particolare esaminare l'adeguatezza dei presidi a tutela dell'effettività dei diritti processuali di entrambi i soggetti alla luce della relazione di immedesimazione organica che lega l'autore del reato e la società accusata dell'illecito 231. Questa commistione potrebbe infatti ostacolare l'immediata percezione delle dinamiche competitive di cui si è detto; e da qui allora la necessità che le previsioni del rito si facciano carico di assicurare a tutti e due gli attori il pieno esercizio delle rispettive facoltà difensive in maniera conforme ai dettami della Costituzione⁽⁸⁾.

dir. pen. ec., 2014, pp. 798-799; nonché, con riguardo al "patteggiamento" della persona giuridica evidenziando l'egemonia decisionale esistente in capo al pubblico ministero, R.A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del pubblico ministero*, cit., p. 163. La legittimità del premio conseguente a condotte di collaborazione processuale dell'imputato costituisce tema da tempo controverso e dibattuto. Cfr. almeno D. PULITANÒ, *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it.*, 1986, p. 75 ss.

(7) Merita poi autonoma menzione, sebbene solo in via incidentale, il fenomeno del c.d. *whistleblowing*, peraltro oggi destinatario di espressa considerazione normativa anche all'interno dello stesso Decreto 231 in relazione ai contenuti indefettibili del modello di organizzazione e gestione di cui all'art. 6. Per quanto il legislatore italiano abbia infatti escluso una diretta rilevanza premiale della segnalazione da parte del *whistleblower*, è lecito supporre che l'istituto possa comunque stimolare lo sviluppo di dinamiche conflittuali tra ente datore di lavoro ed individuo segnalante.

(8) Sulla necessità di estendere le garanzie costituzionali operanti in sede processuale penale anche all'ente accusato di illecito *ex* d.lgs. n. 231/2001 si veda, organicamente, H. BEL-LUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Giappichelli, Torino, 2018, *passim*. Sui «lineamenti costituzionali della procedura penale d'impresa» cfr. altresì M.L. DI BINTONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, p. 45 ss.; nonché, più di recente, E. MILITELLO, *Criminal investigations on corporate liability. A comparative account on Italy and The United States*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 18 ss. In prospettiva maggiormente orientata al diritto sostanziale, infine, F. CONSULICH,

2. Il caso delle *internal investigations*.

Questa capitale esigenza non sembra tuttavia adeguatamente avvertita dal legislatore sin dalle fasi iniziali del procedimento *de societate*.

Si allude in particolare alla fattispecie delle c.d. *internal investigations* condotte dalla persona giuridica, anglismo attraverso cui si è soliti designare le operazioni di revisione interna dirette a saggiare la “tenuta” dei processi di *compliance* e far eventualmente luce su illeciti originati nell’ambito dell’organizzazione aziendale⁽⁹⁾.

La frequenza di tali inchieste private ha conosciuto un sensibile innalzamento nel corso degli ultimi anni, verosimilmente sulla spinta di sollecitazioni provenienti dalle esperienze di alcune realtà straniere⁽¹⁰⁾. Alla loro diffusione non si è però accompagnata in parallelo un’adeguata attenzione legislativa, con conseguenze potenzialmente disastrose per le prerogative dell’individuo. È infatti *in primis* la persona fisica a patire un potenziale pregiudizio dall’indagine *de qua*, che potrebbe far emergere responsabilità penali degli appartenenti alla compagine societaria e fornire al contempo al soggetto collettivo un patrimonio conoscitivo passibile di rappresentare

L’ente alla corte. Il d.lgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti, in *La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, 4/2019, p. 21 ss.

⁽⁹⁾ E.M. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in AA.VV., *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 217 ss. Per un’approfondita descrizione del fenomeno e delle relative problematiche, si veda A. NIETO MARTÍN, *Internal Investigations, Whistle-Blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process*, in AA.VV., *Preventing Corporate Corruption: The Anty-Bribery Compliance Model*, a cura di S. MANACORDA, F. CENTONZE, G. FORTI, Springer, Cham, 2014, p. 69 ss. Sulla distinzione tra indagini «interne o “riparative”» ed investigazioni «esterne o “processuali”» cfr. poi ancora E.M. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell’ente*, in AA.VV., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI, G. VARRASO, Wolters Kluwer, Milano, 2019, p. 1935.

⁽¹⁰⁾ Si allude principalmente al fenomeno dei *Deferred e Non Prosecution Agreements* di matrice statunitense, su cui FED. MAZZACUVA, *Deferred Prosecution Agreements: Riabilitazione “negoziata” per l’Ente Collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, 2013, p. 737 ss.; nonché ancora, con particolare riguardo alla possibilità di esportare simile modello in ambito italiano, FED. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell’esperienza anglo-americana. Alcuni spunti de iure condendo*, in *DPC-RT*, 2/2016, p. 81 ss. Cfr. anche R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d’impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015. Si veda anche, volendo, e con particolare riguardo ai contenuti della collaborazione richiesta all’ente ai fini della soluzione negoziata, F. NICOLICCHIA, *Corporate internal investigations*, cit., p. 783 ss.

un'appetibile moneta di scambio per la conclusione di svariati "accordi processuali" con l'autorità procedente⁽¹¹⁾.

Non può quindi non sorprendere l'assenza di un'apposita regolamentazione dedicata a questo delicato frangente; peraltro, a dire di taluno proprio nel loro assetto deformalizzato andrebbe ricercata una delle principali ragioni di successo delle *internal investigations*⁽¹²⁾.

Qualora non sia possibile ricondurre le indagini in questione all'interno del paradigma delle investigazioni difensive disciplinate agli artt. 391-*bis* ss. c.p.p. non rimane dunque che prendere atto della loro radicale atipicità. L'anomia interessa ogni operazione esperita nel corso dell'*audit*, a partire dai contatti tra gli appartenenti all'organigramma dell'ente e gli incaricati dell'indagine. Così, sebbene un'interpretazione conforme al dettato costituzione suggerisca opportunamente di assicurare anche in tale contesto il diritto al silenzio dell'intervistato quando si procede all'acquisizione di contributi di natura dichiarativa⁽¹³⁾, egli potrebbe non essere a conoscenza della facoltà di tacere considerato che non deve essergli rivolto alcun avvertimento preventivo al riguardo. È anzi tutt'altro che peregrino ipotizzare che l'individuo sia persino indotto ad esternazioni pregiudizievoli per la sua posizione poiché rassicurato dalla qualifica non istituzionale dell'interlocutore, addossandosi così inconsapevolmente il rischio che quanto riferito susciti un interesse degli inquirenti nei suoi confronti.

Nel contesto delle procedure di *compliance* la società potrebbe inoltre attivare misure di sorveglianza occulta a carico dei propri dipendenti senza incorrere nelle limitazioni previste dalla legge per l'esecuzione di analoghi controlli da parte degli organi dell'indagine. Questo potrebbe dar luogo a violazioni rilevanti sul piano giuslavoristico⁽¹⁴⁾ capaci di generare una lesione del diritto al rispetto della vita privata protetto all'art. 8 della Conv.

(11) Sembra riferirsi proprio al fenomeno evocato anche E.M. MANCUSO, "Indagini interne" disposte dall'ente: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 1258 allorché l'Autore ricorda che «le scelte di collaborazione che l'ente ritenga di dover adottare — dipendendo in massima parte dalla ponderazione degli interessi in gioco — permetteranno una linea di difesa proattiva, utile al conseguimento degli incentivi (di cui potrà emergere la necessità) in chiave processuale».

(12) Così ancora E.M. MANCUSO, *op. cit.*, p. 1255.

(13) Perviene a tale condivisibile conclusione, richiamandosi al privilegio contro l'autoincriminatione ed alla presunzione d'innocenza affermata dall'art. 6 Conv. eur. dir. uomo e dall'art. 27 comma 2 Cost., «indipendentemente dalla veste giuridica che s'impone alle indagini difensive», E.M. MANCUSO, *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, cit., p. 1938.

(14) Viene in particolare in rilievo al riguardo il disposto dell'art. 4 della legge 20 maggio 1970, n. 300 in materia di limitazioni per i controlli a distanza dei lavoratori.

eur. dir. uomo⁽¹⁵⁾, ma ciò non basterebbe comunque ad impedire la spesa processuale delle risultanze di simili operazioni, come sarebbe invece opportuno al fine di disincentivare l'ente dal ricorso al monitoraggio in assenza di apposite disposizioni abilitanti⁽¹⁶⁾.

Paradossalmente, anche la persona giuridica rischia poi di divenire vittima del suo stesso atteggiamento cooperativo. Le informazioni ottenute mediante le *internal investigations* potrebbero infatti essere successivamente acquisite dall'autorità giudiziaria ed utilizzate contro la società nel caso in cui le indagini non siano state precedute dalla sottoscrizione di un apposito mandato che consenta di inquadrarle nella disciplina di cui agli artt. 391-*bis* ss. c.p.p. Solo in quest'ultima ipotesi sarebbe infatti possibile reclamare un privilegio di riservatezza per le informazioni attinenti all'incarico professionale⁽¹⁷⁾.

Anche ove il mandato investigativo sia stato cristallizzato nelle forme descritte dal codice di rito, ciò non metterebbe comunque l'ente del tutto al riparo dall'utilizzo *contra se* dell'inchiesta. L'art. 197 lett. *d*) c.p.p. in materia di incompatibilità a testimoniare non troverebbe infatti applicazione nei confronti del legale che ha condotto le indagini difensive a seguito dell'eventuale cessazione del mandato⁽¹⁸⁾ e, per altro verso, l'art. 200 comma 1 lett. *b*) c.p.p. si limita a sancire una mera facoltà di astensione in favore del profes-

⁽¹⁵⁾ Pur a dispetto del contesto "professionale" di documentazione. Si veda al riguardo, tra le altre, Corte eur. dir. uomo, 28 novembre 2017, Antovic e Mirkovic c. Montenegro, in cui è stata riscontrata una violazione dell'art. 8 della Convenzione in conseguenza dell'installazione di telecamere all'interno di un'aula universitaria attraverso cui era possibile monitorare l'attività di insegnamento di alcuni docenti.

⁽¹⁶⁾ In ambito sovranazionale, per tutte, Corte eur. dir. uomo, Gr. Ch., 1° giugno 2010, Gäfgen c. Germania, par. 165. A livello interno, onde affermare l'inutilizzabilità processuale di contributi acquisiti nel contesto delle investigazioni interne attraverso operazioni irrispettose delle formalità imposte all'inquirente pubblico per l'esecuzione di analoghe misure si potrebbe invero ricorrere al principio di diritto affermato in Cass., sez. un., 28 maggio 2003, n. 36747, in *Cass. pen.*, 2005, p. 1996, la quale ha avuto il merito di chiarire che il contesto deformalizzato nel quale vengono acquisiti determinati contributi investigativi non potrà mai costituire «espedito per assicurare comunque al processo contenuti informativi che non sarebbe stato possibile ottenere ricorrendo alle forme ortodosse». Simile rimedio non potrebbe comunque mettere al riparo da un'informale conoscenza delle risultanze *de quibus* né, verosimilmente, dal loro impiego per finalità endoinvestigative. Con precipuo riguardo al contesto in esame, cfr. A. NIETO MARTÍN, *Internal Investigations, Whistle-Blowing, and Cooperation*, cit., p. 89, il quale pure auspica che «*information obtained by the company through serious violations of employees' rights must be left out of the criminal process*».

⁽¹⁷⁾ Diffusamente al riguardo M.S. NEGRO, *Legal privilege e tutela difensiva dell'ente*, in AA.VV., *Compliance*, cit., p. 1949 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Corte cost., 19 giugno 1997, n. 215, nonché Cass., V, 5 febbraio 2010, n. 16255, in *Cass. pen.*, 2011, p. 2301. Sul tema anche A. CAMON, *L'incompatibilità tra difensore e testimone*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 1 ss.

sionista, lasciando dunque intatta l'eventualità che egli decida di riferire spontaneamente su quanto appreso durante l'*audit*.

Qualora l'autorità procedente tenti invece di entrare in possesso degli esiti della revisione interna attraverso il sequestro probatorio della rilevante documentazione l'iniziativa potrebbe essere paralizzata solo attraverso una tempestiva opposizione del titolare del segreto professionale, il quale non va però reso preventivamente edotto della facoltà⁽¹⁹⁾. Pure se il sequestro dovesse ritenersi illegittimamente eseguito proprio in ragione della deliberata inosservanza della procedura descritta dall'art. 256 c.p.p., il materiale acquisito potrebbe infine essere impiegato almeno per scopi endoinvestigativi sulla scorta della discutibile teoria del c.d. *male captum, bene retentum*⁽²⁰⁾.

L'atipicità della materia rischia pertanto di compromettere non solo l'effettività delle garanzie processuali ma, a ben vedere, anche la stessa "appetibilità" della *compliance*. Come si è appena visto l'ente potrebbe infatti perdere il controllo sui prodotti del suo sforzo ricostruttivo, senza esser nemmeno messo nella condizione di ponderare anticipatamente costi e benefici conseguenti alla scelta cooperativa dato che la legge non specifica a monte i vantaggi lucrabili attraverso la collaborazione⁽²¹⁾.

3. Gli istituti tipici: incompatibilità a testimoniare, rappresentanza dell'ente e notificazioni alla persona giuridica.

La situazione non migliora di molto neppure considerando gli istituti presenti all'interno del Decreto appositamente diretti a disinnescare le più eclatanti dinamiche di conflitto tra soggetto collettivo ed individuo.

Costituisce esempio emblematico di quanto appena affermato il disposto dell'art. 44 in materia di incompatibilità a testimoniare, in particolare là

⁽¹⁹⁾ In questi termini Cass., VI, 19 gennaio 2018, n. 9989, in *Guida al dir.*, f. 16, p. 75.

⁽²⁰⁾ In tema si veda Corte cost., 15 luglio 2019, n. 219 che, nel rigettare una questione di legittimità riferita all'art. 191 c.p.p. nella parte in cui «non prevede che la sanzione dell'inutilizzabilità ai fini della prova riguardi anche gli esiti probatori, ivi compreso il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, degli atti di perquisizione ed ispezione» illegittimamente compiuti, ha sì riconosciuto l'ispirazione garantista delle regole di esclusione probatoria, ma ha al contempo confermato l'impossibilità di estendere in via interpretativa il tenore precettivo di norme eccezionali quali quelle in tema di invalidità attraverso valutazioni discrezionali istituzionalmente rimesse all'apprezzamento del legislatore.

⁽²¹⁾ In prospettiva non dissimile, anche se con riguardo all'ordinamento statunitense, E. MILITELLO, *Criminal investigations on corporate liability*, cit., p. 203, segnala «a lack of clarity and consistency in how similar situations are treated».

dove la norma circoscrive la preclusione dichiarativa al legale rappresentante dell'ente indicato nell'atto di costituzione e solo se già in carica al momento del fatto⁽²²⁾.

Rimane in tale maniera escluso dal novero degli incompatibili il legale rappresentante che non fosse già tale al *tempus commissi delicti*, ritenuto perfettamente idoneo a ricoprire l'ufficio testimoniale se non attinto da contestazioni per il reato da cui dipende l'illecito amministrativo⁽²³⁾. La dottrina ha comprensibilmente evidenziato i rischi per l'effettività del diritto al silenzio di un simile dichiarante⁽²⁴⁾. Vi è però almeno un'altra problematica da prendere in considerazione.

In forza della formulazione restrittiva dell'art. 44 si ammette infatti l'ingresso nel processo di un contribuente assai sospetto, proveniente da una figura che — per quanto formalmente immune da addebiti — non può certo dirsi terza e disinteressata rispetto all'accertamento. Egli impersona infatti nel processo il soggetto raggiunto dall'accusa 231, e non pare inverosimile immaginare che possa essere pertanto indotto ad alleggerire la posizione della società al fine di scongiurare o mitigare le conseguenze sanzionatorie di un'eventuale condanna, magari proprio a discapito della persona fisica imputata. Eppure non viene in questo caso nemmeno imposta l'osservanza di cautele valutative assimilabili a quelle prescritte dall'art. 192 c.p.p. per la testimonianza degli imputati di reati connessi o collegati.

⁽²²⁾ G. FIDELBO, *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in AA.Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231²*, a cura di G. LATTANZI, Giuffrè, Milano, 2010, p. 489 ss.

⁽²³⁾ A mente dell'art. 44 lett. a) è infatti comunque incompatibile a testimoniare l'imputato del reato presupposto. Si veda G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi*, cit., pp. 381-382, secondo cui la norma è chiara nel configurare due «presupposti dell'incompatibilità, due condizioni concorrenti, mancando le quali e argomentando *a contrario* sembrerebbe sorgere l'obbligo a testimoniare». Cfr. anche A. MARANDOLA, *Il diritto di difesa dell'ente*, in AA.Vv., *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 78; nonché L. CAMALDO, *Il giudizio e le prove*, in AA.Vv., *Diritto penale delle società²*, a cura di G. CANZIO, L.D. CERQUA, L. LUPÁRIA, Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 1508, ove si dà altresì conto della tesi per cui l'incompatibilità a testimoniare dovrebbe estendersi al legale rappresentante "cessato" che non rivesta la qualità di imputato. In questo senso, A. DIDI, *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, p. 1169. Ritiene invece incompatibile a ricoprire l'ufficio di testimone in forza dell'art. 35 del Decreto anche il legale rappresentante che non fosse tale al momento del fatto P. FERRUA, *Il diritto probatorio*, in AA.Vv., *Responsabilità da reato degli enti*, cit., p. 115. Si veda anche H. BELLUTA, *L'ente incolpato*, cit., p. 189 ss.

⁽²⁴⁾ Egli dovrebbe infatti rispondere su fatti potenzialmente implicanti una responsabilità della persona giuridica rappresentata. Sul punto, tra gli altri, M.L. DI BITONTO, *Studio sui fondamenti*, cit., p. 31 ss.

Ulteriore disposizione rilevante è l'art. 39 del Decreto, relativo appunto alle formalità per la costituzione e la rappresentanza in giudizio della persona giuridica. A fronte dei numerosi oneri imposti all'ente⁽²⁵⁾, l'art. 39 ignora del tutto il problema relativo alla eventuale titolarità congiunta del mandato difensivo di individuo e soggetto collettivo, sebbene la difesa cumulativa possa indubbiamente agevolare atteggiamenti processuali pregiudizievoli per la parte "debole" del rapporto.

L'unico antidoto a quest'inconveniente va allora rintracciato nel generico disposto dell'art. 106 c.p.p. il quale, anche ove ritenuto effettivamente applicabile al caso in esame⁽²⁶⁾, potrebbe rivelarsi inadeguato a scongiurare il rischio segnalato se non altro in forza delle difficoltà insite nella tempestiva identificazione di situazioni incompatibilità nella difesa dei due "imputati"⁽²⁷⁾.

Come noto, l'art. 39 fissa inoltre un divieto assoluto di impersonare l'ente nel processo in capo al legale rappresentante imputato del reato presupposto, appunto in considerazione della strutturale inadeguatezza di tale figura a rivestire un simile ruolo dato l'immanente conflitto d'interesse che lo oppone alla persona giuridica⁽²⁸⁾.

La Cassazione ha avuto modo di interpretare in maniera particolarmente estesa le conseguenze sanzionatorie riconducibili all'incompatibilità

⁽²⁵⁾ Assimilabili agli oneri imposti per la partecipazione delle parti private diverse dall'imputato secondo G. GARUTI, *I profili soggettivi del procedimento*, in AA.VV., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Cedam, Padova, 2002, p. 283. Cfr., tra gli altri, anche M. CERESA GASTALDO, *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 24.

⁽²⁶⁾ Si potrebbero avanzare dubbi circa l'applicabilità della previsione nel momento in cui fa riferimento alle posizioni di diversi «imputati» stante il fatto che l'ente rivestire la diversa qualifica di soggetto accusato di un illecito amministrativo. Nondimeno, pare corretto affermare l'astratta applicabilità dell'art. 106 c.p.p. anche nel processo *de societate* in forza delle clausole generali di cui agli artt. 34 e 35 del Decreto. Per questa lettura G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi*, cit., pp. 160-161; nonché G. GARUTI, *I profili soggettivi*, cit., p. 289, anche in relazione alla difesa comune di diversi enti tra loro in posizione di incompatibilità.

⁽²⁷⁾ Il vero punto critico della disciplina è in sostanza rappresentato in questa sede dallo stesso presupposto per l'operatività del divieto in esame, ossia l'incompatibilità delle posizioni dei "coimputati". Una simile nozione costituisce infatti un parametro definitorio difficilmente determinabile a priori nel contesto delle relazioni tra ente ed imputato persona fisica, frequentemente esposte a drastici mutamenti a seconda delle strategie processuali concretamente perseguite.

⁽²⁸⁾ Adesiva rispetto a tale soluzione S. RENZETTI, *Costituzione dell'ente nel procedimento a suo carico ed esercizio del diritto di difesa*, in AA.VV., *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, a cura di M. CAIANIELLO, F. CURI, M. MANTOVANI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, Bononia University Press, Bologna, 2016, p. 754.

in esame, capace di invalidare ogni atto processuale posto in essere dal *procurator suspectus* anche se per il tramite di legale da egli nominato⁽²⁹⁾. È istruttiva al riguardo la vicenda che ha dato luogo al pronunciamento delle Sezioni unite appena ricordato, in cui una richiesta di riesame reale avanzata nell'interesse del soggetto collettivo da parte del difensore irregolarmente nominato veniva fatta appunto oggetto di declaratoria di inammissibilità. Non è tuttavia difficile avvedersi che, ferma l'astratta condivisibilità dei presupposti teorici posti a fondamento della soluzione prescelta dall'art. 39, l'interpretazione "estremista" adottata dalla Corte di legittimità finisce paradossalmente per arrecare un pregiudizio *in primis* allo stesso ente impossibilitato a giovare del gravame cautelare⁽³⁰⁾. Piuttosto che colpire immediatamente l'impugnazione con la sanzione dell'inammissibilità sarebbe allora forse stato più opportuno tutelare gli interessi della persona giuridica magari accordandole la possibilità di conservare gli effetti dell'atto mediante una successiva ratifica.

Il rigore manifestato dalla Suprema Corte risulta tanto più singolare se rapportato ad un'altra previsione in materia di notificazioni nei confronti della persona giuridica.

Ai sensi dell'art. 43 comma 2 d.lgs. n. 231/2001 è infatti ritenuta perfettamente valida la notifica nei confronti dell'ente eseguita tramite consegna al legale rappresentante, ancorché imputato del reato presupposto⁽³¹⁾.

Lo stesso soggetto gravato da una presunzione *iuris et de iure* di incompatibilità che gli inibisce il compimento di qualsivoglia iniziativa processuale anche per via mediata è dunque identificato *per tabulas* quale naturale destinatario degli atti relativi al procedimento *ex* d.lgs. n. 231/2001, attraverso una singolare eccezione di cui appare invero difficile cogliere la ragionevolezza.

⁽²⁹⁾ Si allude al *dictum* di Cass., sez. un., 28 maggio 2015, n. 33041, in *Cass. pen.*, 2016, p. 51 ss., con nota di G. VARRASO, *Il "compromesso" delle Sezioni unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente*.

⁽³⁰⁾ Critico rispetto alla soluzione offerta dai giudici anche per motivi maggiormente "tecnici", specie con riguardo alla difficoltà di assimilare l'incompatibilità *ex* art. 39 ad un difetto di legittimazione ad impugnare, ancora G. VARRASO, *op. cit.*, p. 81 ss. Similmente anche M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*³, Giappichelli, Torino, 2019, p. 86 ss., che denuncia l'esistenza di «un malinteso bisogno di "protezione" della società». Condivide invece la posizione della Corte, S. RENZETTI, *Costituzione dell'ente*, cit., p. 757.

⁽³¹⁾ In senso sostanzialmente analogo P. CORVI, *La disciplina delle notificazioni all'ente*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 259 ss.

Il profilo non è sfuggito a chi ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma in rilievo, denunciandone appunto il contrasto con i principi di cui agli artt. 3, 24 e 76 Cost. La notifica eseguita nelle mani del legale rappresentante imputato espone del resto la società al rischio di una tardiva conoscenza del procedimento a seguito di un contegno “reticente” serbato dal destinatario, il che determinerebbe in maniera assolutamente consequenziale per il soggetto collettivo l’«impossibilità di difendersi a partire dalla fase delle indagini preliminari»⁽³²⁾.

L’impostazione non è stata tuttavia accolta dalla Consulta, la quale ha evidenziato come la *ratio* dell’incompatibilità processuale prevista all’art. 39 non possa automaticamente estendersi alla materia delle notificazioni. Le esigenze conoscitive non sarebbero necessariamente pregiudicate «dall’eventuale divaricazione d’interessi» che caratterizza la posizione del legale rappresentante imputato. Sarebbe anzi assolutamente ragionevole prevedere che questi, «nel fedele esercizio del proprio mandato, ponga gli altri organi dell’ente a conoscenza dell’atto notificato», permettendo così alla persona giuridica di attivarsi eventualmente anche mediante la nomina di un diverso rappresentante *ad hoc* designato. In sostanza, l’ipotesi di un’infedele condotta del legale rappresentante in conflitto d’interessi «può certamente verificarsi, ma deve ritenersi eccezionale e patologica».

Appare invero assai meno improbabile di quanto sembri supporre il giudice delle leggi che il rappresentante imputato possa sfruttare l’ignoranza del soggetto collettivo attuando iniziative volte ad “alleggerire” le sue responsabilità a discapito dell’ente. Il rischio sarebbe peraltro esasperato proprio in quelle situazioni in cui la società, se resa tempestivamente edotta in ordine agli sviluppi processuali, potrebbe “chiamare in causa” la persona fisica.

Non può dunque non colpire la differenza d’approccio che caratterizza l’atteggiamento paternalista ed intransigente adottato dalle Sezioni unite nell’affermare l’inefficacia di qualsiasi atto compiuto dal legale rappresentante incompatibile rispetto alle posizioni ben più permissive su cui si attesta la Corte costituzionale in materia di notificazioni. È davvero difficile allontanare il sospetto che dietro questa diversa attitudine si celi l’esigenza

⁽³²⁾ Così la parte espositiva di Corte cost., 20 luglio 2011, n. 249, in relazione al contenuto dell’ordinanza di rimessione dichiarata inammissibile dalla stessa Corte. A commento della pronuncia si veda più diffusamente G. VARRASO, *Rappresentante legale “incompatibile” e notificazioni all’ente nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3211 ss.; nonché A. MARANDOLA, *Sulla validità costituzionale del regime delle notificazioni all’ente effettuate al legale rappresentante imputato del medesimo reato*, in *Giur. cost.*, 2011, p. 3207 ss.

di preservare l'efficacia degli atti compiuti dall'autorità procedente anche a costo di sacrificare la pienezza dei diritti partecipativi dell'ente, necessità che non viene avvertita in egual maniera qualora sia invece l'accusato a patire gli effetti dell'invalidità.

4. Rilievi conclusivi: la desiderabilità politico-criminale del premio nel sistema 231.

La breve ricognizione svolta non vanta certo pretese di esaustività, eppure gli esempi analizzati sembrano sufficienti a testimoniare l'impellenza di una rimediazione del problema delle interazioni processuali tra persona giuridica ed individuo nella cornice dell'accertamento 231.

In assenza di un simile sforzo, oltre ad intaccare alcune importanti prerogative processuali, il pericolo è di minare alla base la stessa funzionalità del sistema punitivo istituito nel 2001. Note esigenze di contrasto alla criminalità economica hanno infatti di recente impresso una decisa virata verso forme di cooperazione sempre più marcate nel settore in considerazione, come emblematicamente testimoniato dall'introduzione dei nuovi art. 323-ter c.p. e 25 comma 5-bis del Decreto⁽³³⁾. Questi meccanismi, se da un lato astrattamente funzionali ad accrescere il tasso di successo delle strategie di repressione, possono però indebolire fatalmente l'attitudine cognitiva dell'accertamento. Al cospetto di benefici troppo allettanti la spinta verso una delazione funzionale a lucrare un trattamento più favorevole potrebbe infatti rivelarsi troppo decisa, influenzando negativamente l'affidabilità dell'apporto cooperativo⁽³⁴⁾. Considerazioni utilitaristiche potrebbero inoltre indurre ad un'abdicazione generalizzata al diritto ad una compiuta ricostruzione dei fatti se gli oneri imposti a seguito della collaborazione risultano sproporzionatamente meno afflittivi rispetto a quelli derivanti dalla scelta di affrontare il processo⁽³⁵⁾. In entrambi i casi l'effetto sarebbe così

⁽³³⁾ Sul punto *supra*, par. 1.

⁽³⁴⁾ Si tratta di fenomeno già indagato a fondo nell'analisi della legislazione premiale in materia di collaboratori di giustizia. Sul tema, per tutti, R.A. RUGGIERO, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Torino, Giappichelli, 2012, *passim*.

⁽³⁵⁾ In prospettiva non dissimile, e con particolare riguardo al "patteggiamento dell'ente", cfr. M. CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it.*, 2017, p. 164. Secondo l'Autore, infatti, «l'incertezza che avvolge la categoria della colpa di organizzazione e le difficoltà probatorie che s'incontrano nell'attestare che si è fatto tutto il possibile per farsi trovare perfettamente organizzati all'appuntamento con il reato, sospingono opportunisticamente a trovare un'intesa che metta fine alla partita processuale». Più in generale, sui requisiti del con-

quello di colpire con la sanzione soggetti magari privi di reali responsabilità, o comunque solo marginalmente coinvolti nell'illecito.

In aggiunta, incentivi troppo appetibili potrebbero incidere negativamente sugli obiettivi che giustificano l'istituzione di una responsabilità da reato delle persone giuridiche anche tramite un diverso meccanismo. Per quanto una mitigazione del trattamento punitivo riservato al soggetto collettivo cooperante possa essere infatti capace di favorire la diffusione di una "cultura della legalità" all'interno dell'organizzazione, una volta superati certi limiti il beneficio determinerebbe una eccessiva perdita di deterrenza della sanzione⁽³⁶⁾.

In prospettiva *de iure condendo* emerge a questo punto il dibattito in merito all'opportunità di estendere ulteriormente le ipotesi di cooperazione della società, ad esempio attraverso l'introduzione di una fattispecie di non punibilità analoga a quella prevista agli artt. 168-*bis* e ss. c.p. in materia di sospensione del processo con messa alla prova nei confronti della persona fisica⁽³⁷⁾. Non sono ancora esattamente chiari gli adempimenti che condur-

senso presupposto all'attivazione di moduli processuali alternativi, D. NEGRI, *La deflazione penale "aggressiva": una tecnica incompatibile con i presupposti costituzionali del consenso liberamente prestato ai riti premiali*, in AA.VV., *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia. Atti dell'incontro di studi Pisa, 22 marzo 2019*, a cura di G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, E. MARZADURI, D. NOTARO, Giappichelli, Torino, 2019, p. 133 ss., anche con precipuo riferimento alla «sproporzione delle pene edittali, tale da sortire l'effetto di autentica *territio*».

⁽³⁶⁾ Questa almeno la conclusione del recente ed approfondito studio di taglio economico-matematico condotto da M. IWASAKI, *A model of corporate self-policing and self-reporting*, in *International Review of Law and Economics*, 63(2020). In estrema sintesi l'Autore, attraverso l'elaborazione di un complesso modello matematico, intende dimostrare come una politica sanzionatoria troppo benevola nei confronti dell'ente collettivo cooperante porterebbe ad una drastica diminuzione dei "costi" indiretti derivanti dall'illecito, senza però determinare al contempo un sufficiente innalzamento delle probabilità di applicazione di una sanzione per gli individui che hanno materialmente tratto vantaggio dal reato («*if they reduce corporate sanctions excessively, then this will reduce deterrence of individual wrongdoers, particularly senior executives, who are likely to be most responsible for today's corporate crimes*»). Con riguardo al contesto nordamericano, evidenzia una generalizzata diminuzione dei procedimenti a carico di enti e persone fisiche in forza delle *policies* "premierali" adottate oltreoceano dal *Department of Justice* anche B.L. GARRETT, *Declining Corporate Prosecutions*, in *American Criminal Law Review*, 57(2020), p. 109 ss. Più in generale, sul rapporto tra premio e scopi della sanzione penale, si segnala l'approfondita analisi di C. RUGA RIVA, *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 460 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, 4/2016, p. 9 ss.; M. RICCARDI, M. CHILOSI, *La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la diversion dell'ente?*, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2017; F. CENTO-

rebbero a quest'esito processuale, ma è lecito immaginare che conseguenze liberatorie tanto estese richiederebbero il soddisfacimento di oneri cooperativi particolarmente pregnanti, potenzialmente estesi anche alla *disclosure* di materiale utile a sostenere l'accusa a carico dell'individuo.

Il tema merita dunque un'attenta riflessione onde far sì che la sanzione non venga inopportuna allontanata da coloro che, pur meritevoli di un trattamento di particolare severità, abbiano perseguito un'oculata strategia, per finire invece concentrata in capo agli autori di condotte dotate di modesto disvalore che non siano stati messi nella condizione di sfruttare a pieno le opportunità offerte dalla collaborazione processuale.

Bibliografia

- ALBERICO A., *Non punibilità per collaborazione processuale nei delitti di corruzione*, in *Arch. pen.* (web), 2020/1, pp. 1-33.
- BELLUTA H., *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Giappichelli, Torino, 2018.
- CAMALDO L., *Il giudizio e le prove*, in AA.VV., *Diritto penale delle società*², a cura di G. CANZIO, L.D. CERQUA, L. LUPÁRIA, Wolters Kluwer, Milano, 2016, pp. 1115-1150.
- CAMON A., *L'incompatibilità tra difensore e testimone*, Giappichelli, Torino, 2004.
- CAPUTO M., *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv. it.*, 2017, pp. 148-172.
- CENTORAME F., *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al probation dell'imputato persona-giuridica*, in AA.VV., *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. LUPÁRIA, L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 199-213.
- CERESA GASTALDO M., *Il "processo alle società" nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giappichelli, Torino, 2002.
- CERESA GASTALDO M., *Procedura penale delle società*³, Giappichelli, Torino, 2019.
- CONSULICH F., *L'ente alla corte. Il d.lgs. 231/2001 al banco di prova delle carte dei diritti*, in *La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, 4/2019, pp. 21-43.
- CORVI P., *La disciplina delle notificazioni all'ente*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 259.

RAME, *Enti sotto processo e nuovi orizzonti difensivi. Il diritto al probation dell'imputato persona-giuridica*, in AA.VV., *Diritti fondamentali e processo all'ente*, cit., p. 199 ss. Rilevi approfonditi anche in FED. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., p. 294 ss. Di recente la possibilità per l'ente di accedere alla messa alla prova è stata riconosciuta in un provvedimento di merito emesso dal Tribunale di Modena, 19 ottobre 2020, in *www.giurisprudenzapenale.com*, con nota di G. GARUTI, C. TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al probation*.

- DI BITONTO M.L., *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012.
- DIDDI A., *Il regime dell'incompatibilità a testimoniare nel processo a carico degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, pp. 1166-1170.
- FERRUA P., *Il diritto probatorio*, in AA.Vv., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, a cura di G. LATTANZI, P. SEVERINO, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 99-130.
- FIDELBO G., *La testimonianza: casi di incompatibilità*, in AA.Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231²*, a cura di G. LATTANZI, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 489-502.
- FIDELBO G., RUGGIERO R.A., *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La Responsabilità Amministrativa delle Società e degli Enti*, 4/2016, pp. 3-19.
- FIGORELLI G., *Il diritto alla contestazione dell'illecito dipendente da reato, tra istanze di semplificazione probatoria e forme di responsabilità "senza fatto"*, in AA.Vv., *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, a cura di L. LUPÁRIA, L. MARAFIOTI, G. PAOLOZZI, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 101-121.
- FRANZONI C., *Il sistema sanzionatorio e cautelare. Riflessioni sull'effettività*, in AA.Vv., *Il processo penale de societate*, a cura di A. BERNASCONI, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 105-170.
- GARRETT B.L., *Declining Corporate Prosecutions*, in *American Criminal Law Review*, 57(2020), pp. 109-155.
- GARUTI G., *I profili soggettivi del procedimento*, in AA.Vv., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di G. GARUTI, Cedam, Padova, 2002, pp. 269-298.
- GARUTI G., TRABACE C., *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale di Modena ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *www.giurispudenzapenale.com*, 25 ottobre 2020, pp. 1-6.
- IWASAKI M., *A model of corporate self-policing and self-reporting*, in *International Review of Law and Economics*, 63(2020), pp. 1-18.
- MANCUSO E.M., *Le investigazioni interne nel sistema processuale italiano: tra vuoto normativo e prassi applicative incerte*, in AA.Vv., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 217-246.
- MANCUSO E.M., *Le investigazioni interne nel procedimento a carico dell'ente*, in AA.Vv., *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI, G. VARRASO, Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 1933-1948.
- MANCUSO E.M., *"Indagini interne" disposte dall'ente: sussidiarietà regolatoria e nuovi scenari cooperativi*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, pp. 1254-1266.
- MARANDOLA A., *Sulla validità costituzionale del regime delle notificazioni all'ente effettuate al legale rappresentante imputato del medesimo reato*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 3207-3211.
- MARANDOLA A., *Il diritto di difesa dell'ente*, in AA.Vv., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, a cura di G. LATTANZI, P. SEVERINO, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 73-98.
- MAZZA O., *Conclusione delle indagini e udienza preliminare*, in AA.Vv., *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, a cura di G. LATTANZI, P. SEVERINO, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 223-236.

- MAZZACUVA FED., *Deferred Prosecution Agreements: Riabilitazione “negoziata” per l’Ente Collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana*, in *Indice pen.*, 2013, pp. 737-778.
- MAZZACUVA FED., *La diversione processuale per gli enti collettivi nell’esperienza anglo-americana. Alcuni spunti de iure condendo*, in *DPC-RT*, 2/2016, pp. 80-88.
- MAZZACUVA FED., *L’ente premiato. Il diritto punitivo nell’era delle negoziazioni: l’esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2020.
- MILITELLO E., *Criminal investigations on corporate liability. A comparative account on Italy and The United States*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020.
- MONGILLO V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018.
- NEGRI D., *La deflazione penale “aggressiva”: una tecnica incompatibili con i presupposti costituzionali del consenso liberamente prestato ai riti premiali*, in *AA.VV., Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia. Atti dell’incontro di studi Pisa, 22 marzo 2019*, a cura di G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, E. MARZADURI, D. NOTARO, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 133-141.
- NEGRO M.S., *Legal privilege e tutela difensiva dell’ente*, in *AA.VV., Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI, G. VARRASO, Wolters Kluwer, Milano, 2019, pp. 1949-1965.
- NICOLICCHIA F., *Corporate internal investigations e diritti dell’imputato del reato presupposto nell’ambito della responsabilità «penale» degli enti: alcuni rilievi sulla base della «lezione americana»*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2014, pp. 781-808.
- NIETO MARTÍN A., *Internal Investigations, Whistle-Blowing, and Cooperation: The Struggle for Information in the Criminal Process*, in *AA.VV., Preventing Corporate Corruption: The Anty-Bribery Compliance Model*, a cura di S. MANACORDA, F. CENTONZE, G. FORTI, Springer, Cham, 2014, pp. 69-92.
- PIERGALLINI C., *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 530-550.
- PULITANÒ D., *Tecniche premiali fra diritto e processo penale*, in *Riv. it.*, 1986, pp. 1005-1041.
- RENZETTI S., *Costituzione dell’ente nel procedimento a suo carico ed esercizio del diritto di difesa*, in *AA.VV., Scritti in onore di Luigi Stortoni*, a cura di M. CAIANIELLO, F. CURI, M. MANTOVANI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, Bononia University Press, Bologna, 2016, pp. 753-764.
- RICCARDI M., CHILOSI M., *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversione dell’ente?*, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2017, pp. 47-77.
- RIVERDITI M., *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Jovene, Napoli, 2009.
- RUGA RIVA C., *Il premio per la collaborazione processuale*, Giuffrè, Milano, 2002.
- RUGGIERO R.A., *L’attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Torino, Giappichelli, 2012.
- RUGGIERO R.A., *Non prosecution agreements e criminalità d’impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015, pp. 1-18.

- RUGGIERO R.A., *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, Torino, 2018.
- VARRASO G., *Rappresentante legale "incompatibile" e notificazioni all'ente nel d.lgs. n. 231/2001*, in *Giur. cost.*, 2011, pp. 3211-3218.
- VARRASO G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milano, 2012.
- VARRASO G., *Il "compromesso" delle Sezioni unite in tema di costituzione ed esercizio dei diritti difensivi dell'ente*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 73-86.

ALICE SAVARINO

I MODELLI ORGANIZZATIVO-GESTIONALI TRA AUTONORMAZIONE E MECCANISMI PREMIALI (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Autonormazione e dinamiche premiali: funzioni e disfunzioni dei modelli di organizzazione. — 3. Prospettive di rafforzamento della *partnership*: la necessità di un maggiore impegno pubblico nella costruzione delle cautele. — 4. (*Segue*) L'esigenza di certezza del momento ascrittivo: il recupero degli elementi del giudizio di colpevolezza. — 5. (*Segue*) "Premiare" l'auto-normazione *ante factum*?

1. Premessa.

A fronte delle imponderabili proiezioni lesive legate all'ipertecnologizzazione delle attività umane, anche le strategie politico-criminali hanno ceduto al c.d. ideale auto-regolativo⁽¹⁾. Il decentramento normativo in materia penale inficia la già precaria tenuta del principio di legalità⁽²⁾, dividendo gli studiosi tra coloro che ritengono imprescindibile un *management* partecipato, tra pubblico e privato, finalizzato a governare la complessità dei fenomeni globali e quanti, invece, reputano tale opzione espressione di una strutturale incapacità dell'ordinamento e di una fatale abdicazione ai propri compiti istituzionali di tutela.

Nella società del rischio, alla crisi delle regole giuridiche, contribuisce, altresì, la consolidata tendenza a gestire in forma negoziale — in ottica ri-

(*) La pubblicazione del contributo, con alcuni ampliamenti bibliografici, è stata anticipata sulla *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia*, n. 1-2/2021. Si ringraziano i coordinatori dei lavori, proff. V. Militello, A. Gullo, T. Rafaraci e V. Mongillo per il permesso accordato.

⁽¹⁾ Per un approfondimento del fenomeno, v. C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in AA.VV., *La crisi della legalità. Il « sistema vivente » delle fonti penali*, E.S.I., Napoli, 2016, p. 117 ss.

⁽²⁾ Sul punto, *amplius*, V. TORRE, *La privatizzazione delle fonti di diritto penale: un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, B.U.P., Bologna, 2013, p. 9 ss.

paratoria — i conflitti generati dal verificarsi del reato. In estrema sintesi, si è osservato come, l'inclinazione politico-criminale a coinvolgere il privato nella prevenzione della criminalità, specie economica, richieda di affiancare al tradizionale paradigma repressivo orientato alla deterrenza mediante minaccia di sanzione, meccanismi di stampo premiale che, per fini di efficacia ed effettività general-preventiva, incentivino il destinatario ad assumere l'onere auto-regolativo, promettendo la rinuncia o la riduzione della risposta sanzionatoria, nonostante il verificarsi del fatto illecito. In questo senso, il processo di privatizzazione della norma penale finisce per investire tanto il precetto quanto la sanzione⁽³⁾.

L'apertura più significativa e pregnante a tali dinamiche preventive è rappresentata dall'introduzione della responsabilità degli enti collettivi, ex d.lgs. n. 231/2001.

Muovendo, infatti, dalla constatazione dell'incapacità dello Stato di «erigersi a solitario combattente della criminalità economica» mediante il classico approccio dell'etero-direzione punitiva e prendendo atto del «ruolo ancipite» delle società commerciali come causa e rimedio dei fenomeni criminali, il legislatore italiano è stato artefice, in ambito europeo, della pionieristica implementazione di una strategia di *compliance* preventiva affidata ai privati⁽⁴⁾.

Destinatario privilegiato del paradigma di co-gestione del rischio è, per l'appunto, l'ente collettivo, chiamato (e responsabilizzato) *ex lege* a preformare una struttura organizzativa *idonea* a prevenire il verificarsi di offese penalmente rilevanti. Invero, tra le molteplici forme di manifestazione dell'autocontrollo penale⁽⁵⁾, assume un rilievo primario il complesso prodotto autonormato costituito dal modello di organizzazione e gestione, asse del paradigma di responsabilità da reato degli enti e oggetto di incessante riflessione dogmatica.

Al riguardo, i profili controversi sono ancora molteplici: sul piano teorico-ricostruttivo il nucleo funzionale e contenutistico del concetto di *colpa di organizzazione* appare tutt'altro che definito, tanto che alcuni autori mettono in discussione la stessa riconducibilità del paradigma di responsabilità

⁽³⁾ In argomento, M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la restorative justice* in AA.VV., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G.L. GATTA, Giuffrè, Milano, 2018, p. 579.

⁽⁴⁾ C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere*, cit., p. 134.

⁽⁵⁾ Per una recente disamina, in chiave sistematica, delle numerose forme di autonormazione che costellano il diritto penale della società del rischio, V. MUSCATIELLO, *Il ruolo della autonormazione nel diritto penale della società del rischio. L'euristica del prima, la maledizione del dopo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2020, p. 311 ss.

corporativa (amministrativa) all'alveo dell'illecito (penale) a struttura colposa⁽⁶⁾.

Rinviando ai molteplici approfondimenti del paradigma di *compliance* nel regime italiano di responsabilizzazione degli enti collettivi⁽⁷⁾, le brevi riflessioni che seguono hanno ad oggetto le potenzialità, i limiti e gli eventuali margini di valorizzazione del duplice ruolo funzionale, preventivo e riparatorio, rivestito dai modelli nell'ambito del d.lgs. n. 231/2001⁽⁸⁾.

2. Autonormazione e dinamiche premiali: funzioni e disfunzioni dei modelli di organizzazione.

I modelli organizzativi e gestionali, di cui agli artt. 6 e 7 del decreto, rappresentano indubbiamente il punto di confluenza delle istanze di prevenzione generale poste a fondamento dell'innovativo assetto punitivo. Essi costituiscono, al contempo, il prodotto di un sofisticato e, forse ancora poco riuscito, esperimento di *partnership* pubblico-privato nella gestione del rischio penale⁽⁹⁾.

Invero, la strategia punitiva sottesa all'impianto del decreto 231 ruota intorno a due direttrici di fondo, l'*autonormazione* e la *prezialità*. Entrambe, a dire il vero, convergono verso l'obiettivo ultimo di realizzare una pervasiva ingerenza nelle pieghe organizzative del soggetto privato, « al fine di indirizzarlo — con minacce, sanzioni e premi — al rispetto di uno “standard” minimo di liceità predeterminato »⁽¹⁰⁾. Nel paradigma del modello di organizzazione sembrano potersi scorgere, infatti, le « tracce di un

(6) Per una recente analisi delle ricostruzioni dogmatiche del modello di illecito collettivo, E. GRECO, *L'illecito dell'ente dipendente da reato. analisi strutturale del tipo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4-2019, p. 2091 ss.; *amplius*, V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 310 ss.

(7) Cfr., *ex multis*, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale: dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d.lgs. 231/2001* (parte I), p. 376 ss. (parte II), p. 842 ss., in *Cass. pen.*, 2013.

(8) Si sofferma sul punto, tra gli altri, G. FORTI, *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4-2012, p. 15 (la numerazione delle pagine fa riferimento alla versione disponibile dalle banche dati).

(9) Per uno studio monografico, anche in ottica comparata, circa i complessi rapporti tra fonti pubbliche e fonti private nell'ambito dell'organizzazione delle attività di impresa, V. TORRE, *La privatizzazione delle fonti*, cit., *passim*; con specifico riguardo al sistema di responsabilità degli enti collettivi, si veda F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 3-2017, p. 945 ss.

(10) M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e special-prevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Jovene Editore, Napoli,

incentivo alla moralizzazione spontanea dell'impresa»⁽¹¹⁾. Come è stato osservato, gli enti assumono così «il compito di sentinelle della legalità. Devono dunque produrre prevenzione, regole cautelari e modelli di organizzazione della sicurezza»⁽¹²⁾.

Peraltro, nel perseguire questa nuova “filosofia di intervento” — comprovante il passaggio «dalla punizione a scopi preventivi degli illeciti delle imprese e dei loro membri, alla prevenzione con conseguenze punitive collegate ad una negligente organizzazione interna»⁽¹³⁾ — il legislatore storico si è sforzato di far quadrare il cerchio anche rispetto al novero dei principi che informano la materia penale, forgiando criteri di ascrizione della responsabilità all'ente collettivo tali da giustificare una punizione per un fatto *proprio e colpevole*. Chiarisce il legislatore nella Relazione che «l'attribuzione della responsabilità secondo criteri ispirati al *versari in re illicita*» si sarebbe tradotta «in un disincentivo all'osservanza di cautele doverose» e in una spinta a «considerare le sanzioni una sorta di “costo necessario” dell'impresa, non evitabile, ma preventivabile secondo i consueti criteri di bilancio». Viceversa, «ancorare il rimprovero dell'ente alla mancata adozione ovvero al mancato rispetto di *standards* doverosi» — richiedendo che il reato derivi da una *colpa di organizzazione* — «significa motivarlo all'osservanza degli stessi, e quindi a prevenire la commissione di reati da parte delle persone fisiche che vi fanno capo»⁽¹⁴⁾.

Volgendo uno sguardo d'insieme alla disciplina, è ben possibile osservare come l'auspicata sinergia tra intervento punitivo pubblico e autoregolamentazione privata si snodi, in termini problematici, lungo l'intero arco della dinamica sanzionatoria. In altre parole, com'è stato efficacemente rilevato, sull'obiettivo di costruire un modello quale strumento di *prevenzione mediante organizzazione* convergono il momento precettivo e il momento sanzionatorio⁽¹⁵⁾, la funzione preventiva e la logica premiale, *the stick and the carrot*.

2009, p. 353; nello stesso senso, A. SERENI, *L'ente guardiano. L'autorganizzazione del controllo penale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 11 ss.

⁽¹¹⁾ O. DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in G. LATANZI (a cura di) *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 93.

⁽¹²⁾ M. DONINI, *Compliance, negozialità e riparazione*, cit., p. 582.

⁽¹³⁾ V. MONGILLO, *Il “sacchetto d'oro” e la “spada inguainata”: l'interazione pubblico-privato e il peso degli “incentivi” in un recente modello di compliance anticorruzione*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 6 febbraio 2015, p. 2.

⁽¹⁴⁾ Si riportano alcuni dei passaggi contenuti al punto 3.3 della Relazione allo schema del decreto legislativo 8 giugno 2001 n. 231.

⁽¹⁵⁾ P. SEVERINO, *La responsabilità dell'ente ex d.lgs. n. 231 del 2001: profili sanzionatori e logiche premiali*, in AA.VV., *La pena, ancora*, cit., p. 1117.

Procedendo sinteticamente, ma con ordine, può rilevarsi come in una prima fase, quella attinente alla costruzione del precetto, l'autoregolamentazione intervenga a riempire di contenuti cautelari la cornice giuridica delineata dalla norma positiva⁽¹⁶⁾, la quale si pone a presidio dell'attività autopoietica privata. Come ha osservato Tullio Padovani⁽¹⁷⁾, si assiste ad un fenomeno dal carattere "ossimorico", nella misura in cui l'autonormazione risulta a sua volta regolata, etero-diretta, mediante l'indicazione legislativa di un nucleo di direttive, per lo più di carattere metodologico, volte a predeterminare i criteri di elaborazione del modello.

Le ragioni politico-criminali a fondamento della scelta di ricorrere a formule di autoregolamentazione sono state rintracciate, da un lato, nella profonda asimmetria informativa tra decisore pubblico e coloro che esercitano le attività esposte al rischio di proiezioni offensive⁽¹⁸⁾: questi ultimi risultano depositari di conoscenze, seppure insufficienti e parziali, comunque maggiormente in grado di gestire le fonti di rischio e di comprenderne le dinamiche di manifestazione all'interno dei circuiti organizzativi di cui è intessuta la società. In questo aspetto, peraltro, può rinvenirsi quella «intuizione recente e moderna» assecondata dall'autopoiesi normativa: «nessuno meglio del soggetto vicino al bene che si intende proteggere ne conosce e percepisce le fragilità assiologiche; nessuno meglio di quel medesimo soggetto può attuare meccanismi di protezione»⁽¹⁹⁾.

Un altro fattore che induce il regolatore pubblico a delegare parte delle funzioni di tutela è dato dalla considerazione dei minori costi in termini economici e di personale connessi a formule di privatizzazione delle funzioni di controllo⁽²⁰⁾: l'affidamento della prevenzione al soggetto collettivo implica che su quest'ultimo vengano "scaricati" i costi dell'adempimento. A questa prospettiva utilitaristica può riconnettersi il fondamento di un'altra scelta compiuta dall'ordinamento nel definire i termini del rapporto di co-regolamentazione instaurato con la *corporation*⁽²¹⁾, ovvero

⁽¹⁶⁾ C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere*, cit., p. 119.

⁽¹⁷⁾ Si tratta delle riflessioni condotte dal Prof. Tullio Padovani nell'ambito del Corso per Allievi ordinari e Ph.D. della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, intitolato "Societas non delinquere sed puniri potest" e tenuto nell'a.a. 2019/20.

⁽¹⁸⁾ D. BIANCHI, *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 3-2019, p. 19 (la numerazione delle pagine fa riferimento alla versione disponibile dalle banche dati).

⁽¹⁹⁾ V. MUSCATIELLO, *Il ruolo della autonormazione*, cit., *ibidem*.

⁽²⁰⁾ D. BIANCHI, *Appunti per una teoria*, cit., *ibidem*.

⁽²¹⁾ Inquadra il fenomeno della co-regolamentazione pubblico-privato riconducendolo alla figura giuridica del rapporto di agenzia, entro cui «lo Stato incarna il ruolo del *principal* che arruola le organizzazioni private (i suoi *agents*) per lo svolgimento di attività

quella di configurare l'adozione del modello di organizzazione in termini di mero onere e non di puro obbligo⁽²²⁾. Nella scelta di non sanzionare la mancata adozione del modello organizzativo è stata acutamente rinvenuta la volontà del legislatore di non assumersi in via preventiva il compito (e il costo) di valutare l'adeguatezza del modello⁽²³⁾: la verifica, affidata peraltro ad un soggetto terzo rispetto all'asse di partnership, interviene sempre *ex post* e attiene al secondo momento della dinamica sanzionatoria, quello ascrittivo.

I modelli organizzativi, infatti, non solo rappresentano fonti di produzione di regole cautelari, ma costituiscono anche il fulcro del coefficiente soggettivo di addebito della responsabilità all'ente⁽²⁴⁾. La *societas* risponde, come è noto, per un modo colposo di essere organizzata⁽²⁵⁾ in relazione all'evento-reato concretamente verificatosi. Anche le più recenti letture giurisprudenziali sono orientate verso simile direzione ermeneutica: nell'affermare la piena compatibilità del regime di responsabilità da reato dell'ente collettivo con il principio di personalità della responsabilità penale, declinando la colpevolezza della persona giuridica in senso spiccatamente normativo, la Corte di Cassazione individua il fondamento del rimprovero nel mancato assolvimento dell'obbligo di adottare «iniziative di carattere organizzativo e gestionale, necessarie a prevenire la commissione di alcuni reati», mediante la predisposizione di un «modello che individua i rischi e delinea la misure atte a contrastarli»⁽²⁶⁾.

di prevenzione dell'illecito economico», F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, cit., p. 5.

⁽²²⁾ Ritiene che l'adozione di modelli organizzativi di prevenzione debba atteggiarsi nei termini di un vero e proprio obbligo, nella misura in cui costituisca «la doverosa contropartita richiesta dall'ordinamento per l'esercizio della libertà di iniziativa economica», F. GIUNTA, *Il reato come rischio di impresa e la colpevolezza dell'ente collettivo*, in *Analisi Giuridica dell'economia*, 2-2009, p. 249 ss.

⁽²³⁾ Lo spunto è tratto dalle riflessioni condotte dal Prof. Tullio Padovani nell'ambito del Corso per Allievi ordinari e Ph.D. della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, intitolato "Societas non delinquere sed puniri potest" e tenuto nell'a.a. 2019/20.

⁽²⁴⁾ In questi termini, di recente, F. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 14 ss.

⁽²⁵⁾ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 220.

⁽²⁶⁾ È la posizione espressa nella celebre sentenza Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, par. 62, con nota di R. BARTOLI, *Le Sezioni Unite prendono coscienza del nuovo paradigma punitivo del "sistema 231"*, in *Le Soc.*, 2-2015, p. 215 ss.

Il modello di organizzazione e gestione costituirebbe, dunque, il « supporto materiale » della *colpa* di organizzazione⁽²⁷⁾. In questa prospettiva, quindi, l'autonormazione sarebbe diretta a specificare i contenuti del tipo colposo collettivo, pur nella particolare conformazione assunta dalle regole di diligenza in tale contesto: si tratterebbe, invero, di regole di carattere protocollare⁽²⁸⁾, ovvero, di cautele *frappositive*, volte ad incidere sulle condotte prodromiche alla commissione del reato e teleologicamente orientate a minimizzarne il rischio di verificaione⁽²⁹⁾.

Non essendo questa la sede per soffermarsi sui fondamenti sistematici e sui contenuti di una categoria dogmatica che, nonostante anni di incessante elaborazione dottrinale, rimane ancora per certi versi *inafferrabile*⁽³⁰⁾, l'aspetto che si intende mettere in luce attiene alla peculiare « costruzione giuridica del rischio » implementata dal sistema 231 mediante « percorsi di autonormazione » orientati non solo a prevenire, ma anche ad addebitare il rischio-reato proprio alla luce del modello di organizzazione che l'ente ha scelto di adottare⁽³¹⁾. In sostanza, l'ente collettivo assume rispetto all'onere autonormativo sia il costo dell'adempimento, sia quello di un eventuale inadempimento.

Infine, l'approccio dialogico tra ordinamento giuridico e destinatario privato, ancorato al meccanismo onere-beneficio, permea la fase di *reazione*

(27) Così, C. PIERGALLINI, *Note in tema di prevenzione del rischio-corrruzione nel contesto societario*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 16 febbraio 2021, p. 1 ss.; ID., *Colpa (diritto penale)*, in *Annali X*, Giuffrè, Milano, 2017, par. 24. Sul concetto di colpa di organizzazione, ci limitiamo all'essenziale riferimento a C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti.*, 3-2006, p. 167 ss.; per una ricostruzione sulle origini dogmatiche e sul fondamento giuridico della categoria, A.F. TRIPODI, "Situazione organizzativa e "colpa in organizzazione": alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia", in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 483 ss.; nonché, G. DE SIMONE, *La responsabilità da reato della società nell'ottica dei principi costituzionali. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, in A.M. STILE, V. MONGILLO, G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, Jovene Editore, Napoli, 2013, p. 261 ss.

(28) Così, F. GIUNTA, *Il reato come rischio di impresa*, cit., p. 245 ss.; ritiene possibile rintracciare nel modello di organizzazione e gestione regole di diligenza di duplice natura, cautelare e cautelativa, M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità. Teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, E.S.I., Napoli, 2012, p. 264 ss.

(29) In questi termini, pur nella varietà delle ricostruzioni elaborate, C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere*, cit., p. 135; A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 225.

(30) Così, G.A. DE FRANCESCO, *In tema di colpa. Un breve giro d'orizzonte*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 5 febbraio 2021, p. 12, nota n. 27.

(31) V. MUSCATIELLO, *Il ruolo della autonormazione*, cit., p. 314.

all'illecito⁽³²⁾: se, infatti, ad un primo livello, il fenomeno autoregolativo trova espressione nella nota clausola di esonero da responsabilità per l'ente adeguatamente organizzato (art. 6 c.1 del decreto), la ri-organizzazione in direzione della legalità assume rilievo centrale in ottica premiale, nella misura in cui l'adozione di un programma di prevenzione del rischio, unitamente all'assunzione di condotte compensative dell'offesa, riparatorie e/o risarcitorie, consente l'accesso a significativi benefici, quali l'esclusione delle sanzioni interdittive (art. 17), nonché importanti riduzioni di quelle pecuniarie (art. 12, co. 2 e 3).

In questo senso, l'autonormazione delegata si rivela idonea a realizzare gli obiettivi di prevenzione e tutela perseguiti dal legislatore anche quando interviene *post delictum*⁽³³⁾.

In definitiva, le funzioni rivestite dal modello possono essere efficacemente sintetizzate ricorrendo all'immagine del sistema organizzativo come Giano bifronte: «la mancata adozione, o la cattiva adozione del modello, potranno essere offerte alla valutazione espressa nel sintagma “colpa-di-organizzazione”»; viceversa la efficace e corretta adozione del modello potrà essere assunta a riprova della assenza di una colpa [...]; o come viatico per benefici sistemici sparsi nella normativa di dettaglio»⁽³⁴⁾.

Il dipanarsi del fenomeno autopoietico — dal precetto all'imputazione, per giungere, infine, alla sanzione — risulta, tuttavia, connotato da non pochi profili di criticità.

Invero, nel processo di “privatizzazione del precetto” e nel carattere autonormato dei protocolli è stato rinvenuto il vizio di fondo dell'autonormazione che, «riunendo in un unico soggetto la figura del legislatore e quella del destinatario del precetto, e delle relative sanzioni, eleva il conflitto di interessi a regola del sistema»⁽³⁵⁾. Sicché, l'ente si erge a rappresentante delle esigenze di prevenzione proprie dell'ordinamento, assumendo il ruolo di “istituzione” delegata a garantire l'osservanza dei pre-

(32) Sull'approccio dialogico e motivazionale sotteso alle norme premiali, L. EUSEBI, *Forme e problemi della premialità nel diritto penale*, in *Studium Iuris*, 2001, p. 274 ss.

(33) Per un recente e approfondito studio sul significato della riparazione nell'ambito del sistema di responsabilità degli enti, F. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., in particolare, p. 286 ss. Sull'identità di funzione tra norma incriminatrice e fattispecie premiale quali strumenti di tutela di beni giuridici, non possono non richiamarsi il pensiero di F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 1422 ss.; nonché le riflessioni di T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. «Premio» e «corrispettivo» nella dinamica della non punibilità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, p. 398 ss.

(34) V. MUSCATELLO, *Il ruolo della autonormazione*, cit., p. 342.

(35) M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione*, cit., p. 269.

cetti; allo stesso tempo, però, ne è diretto “destinatario”, essendo chiamato a subire la responsabilità dell’illecito⁽³⁶⁾. A tale ambivalenza corrisponde, nel caso del decreto 231, un profilo di ambiguità, dato dall’assenza di indicazioni chiare e di criteri vincolanti sulle modalità di assolvimento dell’impegno autoregolativo. Nella fase di elaborazione del modello, l’ente riceve dal legislatore mere indicazioni di metodo, senza la predeterminazione dello standard cautelare richiesto e dei requisiti di idoneità del modello: l’eterodirezione (pubblica) dell’attività autoregolativa (privata) risulta, pertanto, del tutto apparente.

L’assenza di parametri legislativi idonei ad orientare la costruzione e a rendere possibile la validazione del prodotto autonormato comporta un significativo *deficit* di determinatezza e legalità, creando ampi varchi di discrezionalità valutativa in sede di ascrizione della responsabilità all’ente per *colpa* di organizzazione⁽³⁷⁾. Sicché, in difetto di indicazioni normative cui ancorare il giudizio di colpevolezza nei confronti delle società, il giudice finisce per diventare l’arbitro della correttezza o della scorrettezza dei comportamenti delle imprese⁽³⁸⁾. Per di più, nel caso in cui il reato presupposto sia commesso da un organo di vertice, la disciplina prevede una presunzione di inidoneità relativa del modello, nella misura in cui stabilisce che l’ente debba fornire la prova (diabolica) circa l’assenza di *deficit* organizzativi e di controllo. Ma il vero *punctum dolens* del meccanismo di controllo giurisdizionale sulla idoneità del modello consiste nella mancanza in capo al *validatore* di un patrimonio conoscitivo adeguato rispetto alla complessità delle dinamiche organizzative⁽³⁹⁾. In questi termini, si profila un secondo aspetto paradossale del paradigma di autonormazione congegnato dalla disciplina: «se la principale ragione della delega regolativa in capo al privato risiede nel *deficit* cognitivo del decisore pubblico, *deficit* cognitivo che peraltro in parte è oggettivamente ineliminabile anche alla luce della migliore scienza ed esperienza del momento» ci si chiede come sia possibile per il delegante pubblico riuscire ad «espletare un controllo razionale

⁽³⁶⁾ Così, quasi letteralmente, G.A. DE FRANCESCO, *Introduzione*, in G.A. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia punitiva*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 10 ss.

⁽³⁷⁾ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione ex d.lgs. 231/2001: incertezza dei parametri di riferimento e prospettive di soluzione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3-2011, p. 84 ss.

⁽³⁸⁾ C.F. GROSSO, *Compliance e rischio penale*, in G. ROSSI (a cura di), *La Corporate Compliance: una nuova frontiera per il diritto?*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 287.

⁽³⁹⁾ V. MANES, A.F. TRIPODI, *L’idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità penale degli enti*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 138.

del processo e del prodotto autonormativo», specialmente ove si tratti di un controllo giurisdizionale *ex post factum* ⁽⁴⁰⁾.

Di conseguenza, la situazione di massimo vantaggio derivante dall'assolvimento dell'onere auto-normativo, rappresentata dall'esonazione di responsabilità, diventa un miraggio per l'ente: il solo verificarsi del reato presupposto determina la prova dell'incapacità organizzativa dell'ente, prova fondata sul *sospetto* di immedesimazione tra l'agire criminoso dei soggetti in posizione di vertice e la "volontà" dell'"entità corporativa".

Considerati gli ingenti costi connessi all'autonormazione *ex ante delictum* e la sostanziale impossibilità di beneficiare dei relativi vantaggi, le società sono indotte ad un ricorso "opportunistico" e tatticistico ai modelli, preoccupandosi tutt'al più di predisporre documenti processualmente spendibili, ovvero di adoperarsi per *riparare* le conseguenze dell'illecito, laddove questo si verifichi, in spregio alle (nobili) istanze di prevenzione invocate dal legislatore ⁽⁴¹⁾.

Dopo aver accennato ai fattori di incertezza che condizionano le multiformi funzioni assunte dal modello di organizzazione e gestione, si tratta ora di vagliare, in relazione a ciascuno dei momenti appena considerati, alcune prospettive di revisione del sistema di autonormazione corporativa e dei connessi meccanismi premiali.

3. Prospettive di rafforzamento della *partnership*: la necessità di un maggiore impegno pubblico nella costruzione delle cautele.

Nell'ottica di una effettiva prevenzione *ante delictum*, pare opportuno riflettere, innanzitutto, sui termini della relazione pubblico-privato nella fase costruttiva del modello, muovendo da una constatazione preliminare: la piena valorizzazione dell'autoregolamentazione in funzione preventiva ed in ottica premiale non può non fondarsi su di un paradigma di responsabilità normativamente determinato e giudizialmente determinabile, in ossequio alle istanze di accessibilità del precetto e di prevedibilità della risposta punitiva, promosse a livello convenzionale (CEDU).

Invero, l'imprevedibilità degli scenari ascrivibili che si prospettano per l'ente, oltre a costituire, di fatto, un forte disincentivo alla diligente organizzazione, determina discutibili frizioni con il complesso dei principi propri della c.d. "materia penale". A prescindere dalla convinzione che si

⁽⁴⁰⁾ Queste le lucide considerazioni di D. BIANCHI, *Appunti per una teoria*, cit., p. 20 e p. 34.

⁽⁴¹⁾ G. FORTI, *Uno sguardo ai "piani nobili"*, cit., p. 21.

tratti di una disciplina di natura strettamente penale ovvero di un *tertium genus* a cavaliere tra sistema criminale e diritto amministrativo, la persona giuridica può senz'altro ritenersi destinataria delle tutele sostanziali e processuali ricomprese nella nozione convenzionale di “materia penale”, nonché dei referenti costituzionali di stampo penalistico⁽⁴²⁾.

Definire, pertanto, la cornice di garanzie suscettibili di essere impiegate a presidio del processo di responsabilizzazione degli enti collettivi, stante il livello di afflittività delle sanzioni comminate rispetto ai diritti dei destinatari, costituisce, a nostro avviso, una premessa irrinunciabile per orientare gli itinerari ermeneutici e politico-criminali volti alla individuazione di possibili correttivi ad alcuni nodi critici del sistema di cogestione del rischio penale in ambito collettivo.

È opinione largamente diffusa tra gli studiosi che si occupano del tema che uno dei principali motivi di fallimento, in termini di efficacia ed effettività, del paradigma di cooperazione rivolto all'ente, debba rinvenirsi nel sostanziale *disimpegno* dello Stato nella costruzione delle regole preventive. Come è stato opportunamente osservato, il rapporto di cooperazione tra Stato e impresa risulta fondato su un patto “poco credibile”, nella misura in cui la disciplina, «nell'offrire all'ente benefici futuri sul trattamento sanzionatorio in cambio di una performance preventiva, non determina *ex ante* il contenuto della prestazione auspicata dalla persona giuridica»⁽⁴³⁾. Il legislatore sembra così spogliarsi dei propri compiti di regolazione e controllo, delegandoli (in bianco) in parte all'ente e in parte al giudice, il quale, nel condurre il giudizio di idoneità del modello, viene sostanzialmente investito dell'*auctoritas* di *nomotéta*⁽⁴⁴⁾. L'assenza di chiare indicazioni legislative circa i contenuti cautelari e i requisiti di idoneità del modello fa sì che il giudizio colposo si areni nelle secche della colpa generica⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴²⁾ In argomento, F. CONSULICH, *L'ente alla Corte. Il d.lgs. 231/2001 al banco di prova delle Carte dei Diritti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 4-2019, p. 24 ss.; pongono particolare attenzione al tema delle garanzie, di recente, anche F. MAZZACUVA, *L'ente premiato. Il diritto punitivo nell'era delle negoziazioni: l'esperienza angloamericana e le prospettive di riforma*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 103 ss.; nonché A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Dall'«utile» al «giusto». Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello “spazio globale”*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 37 ss. Sia consentito, da ultimo, rinviare anche al nostro A. SAVARINO, *L'illecito dell'ente tra combinazione di moduli punitivi e affievolimento di garanzie: deroghe e scostamenti disciplinari al vaglio di legittimità costituzionale e convenzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2021, 1-bis, p. 513 ss.

⁽⁴³⁾ F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, cit., p. 30 ss.

⁽⁴⁴⁾ V. MANES, A.F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, cit., p. 139.

⁽⁴⁵⁾ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., p. 73.

Per restituire determinatezza all'incerto statuto della colpa di organizzazione e assicurare la prevedibilità alle decisioni, rinsaldando l'accordo di *partnership* alla base dell'adozione dei modelli, si dovrebbe, in primo luogo, omologare la colpa di organizzazione alla colpa specifica per inosservanza di leggi⁽⁴⁶⁾, muovendosi lungo la direttrice della positivizzazione legislativa delle cautele⁽⁴⁷⁾. Il legislatore, in altri termini, dovrebbe farsi carico della « creazione delle condizioni perché i rischi delle attività possano venire governati e gestiti nella maniera più idonea ad impedire il verificarsi di eventi dannosi »⁽⁴⁸⁾.

Occorre continuare a riflettere, pertanto, sull'opportunità di ampliare ed arricchire analiticamente la componente *hard law* del modello, attraverso l'implementazione delle scarse indicazioni rinvenibili nel comma 2 dell'art. 6 e la specificazione degli strumenti mediante i quali raggiungere gli obiettivi di prevenzione, per quanto attiene alla fase elaborazione del modello e ai meccanismi di attuazione e di controllo interno⁽⁴⁹⁾.

Si tratta di un'impresa non semplice, in considerazione della necessaria dinamicità e flessibilità che connota le cautele di carattere organizzativo-gestionale⁽⁵⁰⁾. Ciò, nondimeno, rafforzare il ruolo della norma posi-

⁽⁴⁶⁾ Secondo C. PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in AA.VV., *D.lgs. 231: dieci anni di esperienze nella legislazione e nella prassi*, in *Le Soc.*, 2011, spec. suppl. al n. 12-2011, p. 52 ss., « i rischi-reato riferibili alla *societas* non possono essere riversati nell'alveo di quelli "comuni", da affidare al governo (essenzialmente giudiziale) della colpa generica. Si tratta, infatti, di rischi che abbracciano importanti beni giuridici e che coinvolgono decisioni ed attività seriali. Dunque, il terreno è quello funzionalmente proprio della colpa specifica ». Nello stesso senso, sebbene in una prospettiva più ampia rivolta alla comparazione tra le tecniche di formulazione del giudizio colposo a fronte delle istanze di controllo preventivo delle attività rischiose, già G. MARI NUCCI, *Il ruolo delle regole scritte di diligenza nell'era dello sviluppo tecnico*, in *I quaderni degli incontri*, 114, 1972, 5 e 79. Per una diversa impostazione, nello specifico settore della prevenzione degli infortuni e della sicurezza del lavoro, M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione*, cit., p. 266 ss., la quale nutre perplessità sulla « possibilità di limitare i contenuti del modello di organizzazione e gestione a quelli pertinenti alla sola area delle regole positivizzate e, dunque, diretti alla prevenzione del rischio-reato per colpa specifica, rimanendo in tal modo ingiustificatamente scoperta tutta l'area relativa al rischio-reato realizzabile per colpa generica ». Ritiene, invece, che possa rinvenirsi nel sistema una terza forma di colpa, non generica, né specifica, ma una colpa per inosservanza di regole cautelari procedurali, F. GIUNTA, *Il reato come rischio di impresa*, cit., p. 24.

⁽⁴⁷⁾ V. MANES, A.F. TRIPOLI, *op. cit.*, p. 153.

⁽⁴⁸⁾ Così, nella manualistica, G.A. DE FRANCESCO, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 459.

⁽⁴⁹⁾ V. MONGILLO, *op. cit.*, p. 73.

⁽⁵⁰⁾ Molti autori ritengono fondamentale affrontare il problema della formalizzazione e giuridicizzazione dei contenuti cautelari dei modelli di organizzazione ricorrendo non solo

tiva appare senz'altro un passaggio obbligato per consentire un maggiore allineamento tra le prescrizioni etero-dirette e le discipline tecnico-organizzative auto-normate. Diverse voci in dottrina convergono sull'esigenza di stabilizzare i pilastri normativi alla stregua dei quali il modello possa ritenersi idoneo, suggerendo l'introduzione in via legislativa di prescrizioni cautelari diversificate, in dipendenza della macro-tipologia di rischio-reato⁽⁵¹⁾, ovvero del settore di attività esercitata, in una prospettiva di continuità rispetto ai percorsi di intervento già ampiamente sperimentati nel settore della sicurezza sui luoghi di lavoro. Si tratterebbe di un intervento auspicabilmente rivolto verso una duplice linea di intervento: la concretizzazione normativa delle cautele, infatti, dovrebbe essere assistita da una presunzione *relativa* di idoneità del modello ai fini dell'esclusione della responsabilità da reato degli enti che scelgono di rendere il proprio assetto organizzativo conforme⁽⁵²⁾.

In una prospettiva parzialmente difforme, si è suggerito di mantenere un approccio "minimale" nell'implementazione delle direttive normative di costruzione del modello, orientato a salvaguardare l'autonomia societaria nella scelta delle soluzioni organizzative maggiormente conformi alla propria struttura interna e alla propria realtà economico-produttiva. Secondo

ad interventi di integrazione legislativa, ma adottando anche un approccio induttivo, teso a valorizzare i processi di formalizzazione di protocolli e buone prassi provenienti dai c.d. "corpi intermedi". Tra i sostenitori di simili percorsi di positivizzazione procedurale delle fonti autonormate, C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., par. 9, propone di potenziare il ruolo delle associazioni di categoria, le quali «potrebbero, quindi, puntare al confezionamento di modelli e protocolli "pilota", destinati a veicolare la nervatura delle cautele, sempre suscettibili, poi, di integrazioni di "dettaglio", dovute alle peculiarità organizzative ed operative di ciascun ente». Tali modelli pilota, assistiti da una presunzione relativa di idoneità rispetto alla fase della loro adozione, dovrebbero conformare l'accertamento del giudice nel giudizio di colpa di organizzazione: costui sarà «libero di discostarsene, se crede, ma, in questo caso, dovrà rilasciare convincenti (e "rinforzate") motivazioni». Si sofferma sulla partecipazione delle autorità amministrative nell'ottica di garantire maggiore istituzionalizzazione al processo di recepimento delle cautele, anche mediante il ricorso a meccanismi di omologazione delle linee-guida, F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, cit., p. 34 ss.; In senso difforme, S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017, p. 81 ss., il quale, mette in luce i profili di inadeguatezza strutturale delle linee guida a fungere da valido parametro per l'idoneità preventiva dei singoli modelli.

⁽⁵¹⁾ Così, ad esempio, P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. 231 del 2001: alcuni problemi aperti*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti*, cit., p. 75.

⁽⁵²⁾ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione*, cit., p. 93 ss.

tale impostazione, occorrerebbe stabilire la specificazione dei criteri utilizzati dall'ente in sede di progettazione e definizione dei contenuti del modello, nonché la presenza di obblighi formativi a carico dei soggetti, apicali e sottoposti. In questa direzione, viene inoltre evidenziata la necessità di rendere esplicita nel decreto «l'indicazione orientativa dei principi che debbono governare prima gli enti, nell'esercizio della loro autonomia organizzativa, e poi i giudici nella valutazione dell'idoneità del modello», mediante una sorta di preambolo sull'approccio politico-criminale al rischio-reato: il metro di valutazione del modello dovrebbe consistere in un criterio di ragionevole contenimento dei rischi, rispetto al quale trovino adeguato bilanciamento le esigenze della prevenzione, nonché i diritti e le libertà della molteplicità dei soggetti coinvolti nella compagine societaria⁽⁵³⁾.

Nell'ottica di una più stringente predeterminazione dei vincoli giuridici cui ancorare la predisposizione del modello, di estremo interesse appare l'articolato di un recente disegno di legge di fonte governativa in materia di illeciti agroalimentari⁽⁵⁴⁾. Uno dei principali obiettivi della proposta di riforma concerne proprio il tema della *compliance* corporativa: da un lato, si interviene sul novero dei reati presupposto contemplati dal d.lgs. 231, mediante l'inserimento di fattispecie criminose a tutela della sicurezza alimentare e della lealtà commerciale; dall'altro lato, il legislatore ha ritenuto opportuno codificare un'apposita e specifica disciplina dei modelli di organizzazione e di gestione con espresso riguardo agli operatori alimentari, in prospettiva esimente o attenuante della responsabilità, traendo spunto dalle modalità di applicazione della normativa in materia di sicurezza del lavoro. Nello specifico, si propone l'inserimento nell'articolato del d.lgs. 231/01 di un nuovo art. 6-bis — rubricato *Modello di organizzazione dell'ente qualificato come impresa alimentare* — il quale prevede un apposito modello «ritagliato sulle specifiche caratteristiche del settore di produzione alimentare» e «modulato sulle dimensioni dell'organismo produttivo». Nell'ottica del riformatore, l'adozione e l'attuazione del modello deve avvenire nell'ambito di un sistema aziendale in grado «assicurare l'adempimento di obblighi giuridici nazionali e sovranazionali inerenti a una serie di attività

⁽⁵³⁾ Queste le riflessioni di A. SERENI, *L'ente guardiano*, cit., p. 120 ss.

⁽⁵⁴⁾ Si tratta del D.D.L. n. 2427/2020, presentato il 6 marzo 2020 e attualmente in esame alla commissione Giustizia della Camera. Il disegno di legge trae origine dal progetto di riforma in materia di illeciti agroalimentari elaborato dalla Commissione Caselli nel 2015. Sulla moderna fenomenologia empirico-criminologica dei rischi legati alla produzione alimentare e sulla necessità del ricorso ad una responsabilizzazione diretta degli enti collettivi, V. MONGILLO, *Responsabilità delle società per reati alimentari. Spunti comparatistici e prospettive interne di riforma*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 4-2017, p. 300 ss.

analiticamente indicate nella disposizione in esame (assumono rilievo, a titolo esemplificativo, gli obblighi relativi alle attività di verifica sui contenuti pubblicitari, di vigilanza sulla rintracciabilità, di controllo della qualità, sicurezza e integrità degli alimenti, di procedure di ritiro, di valutazione del rischio, ecc.)»⁽⁵⁵⁾.

Non è possibile in questa sede soffermarsi analiticamente sulla tecnica di specificazione normativa dei contenuti del modello organizzativo adottata *in subiecta materia*; ciò, nondimeno, pare opportuno evidenziare, accanto all'apprezzabile sforzo legislativo di tipizzazione, alcuni profili di criticità. Com'è stato opportunamente segnalato già in occasione della proposta di riforma della Commissione Caselli, da cui l'articolato in esame trae origine, il modello speciale si applicherebbe alle imprese alimentari operanti in forma societaria, senza che siano individuati nello specifico i reati presupposto che ricadono nello spettro di prevenzione perimetrato dall'art. 6-*bis*. In altre parole, «l'integrazione del precetto cautelativo generale è operata in funzione del soggetto destinatario, più che dei reati da prevenire»⁽⁵⁶⁾. Ci si chiede, dunque, se il rapporto tra la fattispecie di modello generale di cui all'art. 6 e il modello *ad hoc* di cui all'art. 6-*bis*, si configuri in termini di *specialità* ovvero di *sussidiarietà*. In effetti, «l'assetto delineato dalla riforma non esclude l'obbligo per le imprese alimentari di dotarsi anche di un "modello ordinario" per i reati-presupposto estranei al perimetro della sicurezza alimentare, con evidenti problemi di duplicazione e convivenza dei sistemi di *compliance*»⁽⁵⁷⁾. Infine, non risulta ben chiaro, allo stato attuale, se la disposizione deroghi o meno al generale meccanismo di ripartizione della prova di idoneità del modello, ovvero se venga introdotta una sorta di presunzione relativa di adeguatezza a favore dell'ente che rispetti le cautele positivizzate dalla nuova fattispecie⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁵⁾ Relazione di accompagnamento al D.D.L., p. 23 ss. Il documento è consultabile sul sito web della Camera dei deputati.

⁽⁵⁶⁾ V. MONGILLO, *Responsabilità delle società per reati alimentari*, cit., p. 320.

⁽⁵⁷⁾ N. MENARDO, *Prospettive di riforma dei reati agroalimentari, rischio penale d'impresa e responsabilità degli enti. Brevi osservazioni al D.D.L. S n. 283 della XVIII Legislatura (progetto della Commissione Caselli)*, in *Giur. pen. Web*, 4-2020, p. 23 ss.

⁽⁵⁸⁾ In questo senso, sebbene con riferimento alla norma elaborata nell'ambito del precedente progetto di riforma della Commissione Caselli, rimasta invariata sul punto nel D.D.L. 2427, C. CUPELLI, *La riforma dei reati in materia agroalimentare: la responsabilità degli enti e i nuovi meccanismi estintivi*, in *Dir. agr.*, 1-2016, p. 53 ss.

4. (Segue) L'esigenza di certezza del momento ascrittivo: il recupero degli elementi del giudizio di colpevolezza.

Ferme la necessità di predeterminazione dei criteri di adeguatezza e l'esigenza di determinatezza della componente cautelare del modello⁽⁵⁹⁾, lo sforzo auto-regolativo andrebbe incoraggiato anche mediante una stabilizzazione del giudizio di *colposità organizzativa*, che sembra appiattirsi sulla mera “trasgressione” del dovere di adozione del modello⁽⁶⁰⁾. Al fine di scongiurare il rischio che il rimprovero mosso all'ente si risolva in un criterio di imputazione meramente formale ossia in una *culpa in re ipsa* (come l'esperienza prasseologica non ha mancato di dimostrare)⁽⁶¹⁾, non pare inopportuno, *rebus sic stantibus*, valorizzare, sia pure con qualche inevitabile adattamento, le categorie proprie dello statuto penale della colpa individuale⁽⁶²⁾.

La dottrina si è ampiamente spesa in questa direzione, pur nella varietà dei percorsi elaborati in ordine allo schema di accertamento della colpevolezza collettiva più adeguato a garantire una piena “soggettivizzazione” del rimprovero penale. Muovendo dalla ricostruzione dell'illecito dell'ente collettivo dipendente da reato nei termini di *crimen colposum*⁽⁶³⁾, ci si è per lo più soffermati sulla necessità di individuare il concreto e specifico legame eziologico tra la violazione organizzativa e il fatto criminoso effettivamente verificatosi⁽⁶⁴⁾, ovvero sulla esigenza di una valutazione circa l'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito⁽⁶⁵⁾: invero, a fronte di un modello inidoneo, in astratto e in concreto, ben potrebbero rinvenirsi nel caso di specie condizioni e circostanze oggettive tali da evi-

⁽⁵⁹⁾ Distingue tra componente procedurale e componente cautelare del modello, C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere*, cit., p. 135.

⁽⁶⁰⁾ E.R. BELFIORE, *Colpevolezza e rimproverabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Jovene, Napoli, 2011, p. 1755.

⁽⁶¹⁾ Per una recente rassegna delle criticità applicative emerse con riferimento alla disciplina di cui al d.lgs. 231/2001, si rimanda a L. PASTORELLI, *La responsabilità da reato degli enti: un bilancio applicativo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4/2017, p. 610 ss.

⁽⁶²⁾ Sottolinea che la trasposizione delle categorizzazioni consolidate in materia di responsabilità colposa individuale appaia univocamente destinata a giustificare *in malam partem* l'estensione della sfera di responsabilità della *societas*, 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 Mario Romano*, cit., p. 1963.

⁽⁶³⁾ Così, per tutti, C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4-2008, p. 1545.

⁽⁶⁴⁾ Così, M. ROMANO, *La responsabilità amministrativa degli enti, società, associazioni: profili generali*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 409.

⁽⁶⁵⁾ Per tutti, V. MANES, A.F. TRIPODI, *op. cit.*, p. 153.

denziare l'inesigibilità dell'adempimento organizzativo-preventivo ritenuto doveroso ⁽⁶⁶⁾.

Uno strumento dogmatico rimasto nell'ombra e che invece varrebbe la pena di valorizzare quale criterio di selezione della tipicità colposa anche in ambito collettivo è il principio di affidamento. Sul punto, è stato efficacemente osservato che se «autoresponsabilità e affidamento sono principi che illuminano gli aspetti di garanzia dell'imputazione del reato, quando si ha a che fare con sistemi complessi di relazioni intersoggettive», e se non vogliamo declassare il singolo componente della struttura organizzativa a mero fattore di rischio, dovremmo più opportunamente tenere conto della necessità che al modello di uomo libero di agire e auto-responsabile corrisponda l'idea dello spazio *libero* di auto-organizzazione, da cui far dipendere la responsabilità collettiva. Sicché, l'implementazione di modelli di organizzazione da parte dell'ente mediante regole e controlli preventivi potrebbe trovare un limite di ragionevole affidamento nella libertà-responsabilità dei singoli, qualora agiscano in violazione di doveri posti a loro carico ⁽⁶⁷⁾.

Nell'ottica di un'altra interessante ricostruzione, il principio di affidamento potrebbe venire in rilievo in relazione alla delicata *probatio* dell'(eventuale) elusione fraudolenta del modello da parte dell'autore del reato presupposto in posizione apicale, allorché questi si sia reso responsabile di un illecito colposo. Seguendo un percorso ermeneutico orientato a rendere compatibili *frode* e *colpa* e attribuendo al termine *elusione* il significato di *violazione*, l'esonero di responsabilità dell'ente ben potrebbe ancorarsi alla dimostrazione che l'illecito colposo di evento sia stato commesso dall'autore individuale violando in modo occulto e inaspettato i modelli di organizzazione e gestione. In altri termini, la responsabilità dell'ente sarebbe esclusa se, a seguito dell'attività di formazione e informazione del personale, l'apparato organizzativo avrebbe potuto fare ragionevole affidamento sull'adeguamento e il rispetto da parte degli operatori intranei delle direttive prevenzionali» ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ Si soffermano sul punto, M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione*, cit. p. 251; A. FIORELLA, *Dogmatica e responsabilità ex crimine delle persone giuridiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-4/2016, p. 641.

⁽⁶⁷⁾ Questa, in sintesi, la prospettiva suggerita da A. SERENI, *L'ente guardiano*, cit., p. 94 ss., nello stesso senso anche A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., p. 226 ss. Dello stesso avviso, pur nella varietà di accenti, A.F. TRIPODI, "Situazione organizzativa", cit., p. 492 ss.

⁽⁶⁸⁾ A. GARGANI, *Delitti colposi*, cit., p. 1962.

Infine, sembra difficile contraddire l'opinione secondo cui nel caso di reato commesso dal soggetto in posizione apicale, la fattispecie ascrivibile, impositiva dell'inversione dell'onere della prova, si risolve in un meccanismo di imputazione di un fatto altrui. Pertanto, la premessa da cui muovere per salvaguardare, anche in ambito collettivo, la garanzia di personalità della responsabilità penale, nel suo significato minimo di appartenenza dell'illecito al suo autore⁽⁶⁹⁾, pare essere quella di intervenire sull'eccentrica presunzione di colpevolezza organizzativa delineata dall'art. 6, anche in considerazione dell'interpretazione fornita al riguardo dalla giurisprudenza di legittimità. A ben vedere, non si tratta di ammettere a favore della *societas* la possibilità di fornire la prova liberatoria⁽⁷⁰⁾, prerogativa già spettante all'ente *incolpato*, in quanto titolare dei diritti di difesa, ma di richiedere che sia l'accusa a dimostrare la sua responsabilità, in linea con i principi del "giusto processo"⁽⁷¹⁾.

5. (Segue) "Premiare" l'auto-normazione *ante factum*?

L'esperienza applicativa, a distanza di venti anni dall'entrata in vigore del decreto, dimostra il sostanziale insuccesso della disciplina sul piano preventivo: è diffusa l'impressione che «l'articolato programma di tutela preventiva contenuto nel decreto, che invero prometteva l'emersione di una dimensione dialogica tra il diritto penale e il mondo dell'impresa, possiede solo la componente intimidatoria, di minaccia, di *deterrence*»⁽⁷²⁾.

Le imprese, indotte ad approcciare il tema della prevenzione nell'ottica di una mera valutazione costi/benefici, vedono nell'autonormazione l'assunzione di un rischio, di una scelta costosa e doppiamente svantaggiosa, nel senso che «il costo iniziale potrebbe non servire mai, ma al costo iniziale potrebbe aggiungersi anche il costo successivo, nei casi in cui la organizzazione sia valutata non massima, non protettiva, non nelle forme possibili in cui avrebbe potuto essere attuata»⁽⁷³⁾.

⁽⁶⁹⁾ Così, A. GARGANI, *op. cit.*, p. 1957.

⁽⁷⁰⁾ Questo l'argomento di recente usato in giurisprudenza per escludere la violazione del principio di presunzione di innocenza, così, ad esempio in Cass., II, 16 giugno 2015, n. 29512, in *www.DeJure.it*.

⁽⁷¹⁾ Sul punto, per tutti, P. FERRUA, *Diritti umani e tutela degli enti nel processo*, in *Dir. pen. e proc.*, 6-2016, p. 705 ss.; *amplius*, H. BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"*, Giappichelli, Torino, 2018.

⁽⁷²⁾ V. MANES, A.F. TRIPODI, *op. cit.*, p. 148.

⁽⁷³⁾ Così, V. MUSCATELLO, *Il ruolo della autonormazione*, cit., p. 378, nel paragonare l'autonormazione ad una sorta di "polizza assicurativa".

La scelta di assumere l'onere auto-regolativo si presenta realmente vantaggiosa per l'ente solo dopo il verificarsi dell'illecito presupposto, quando anche la società sia sottoposta a indagini preliminari⁽⁷⁴⁾. Di fatto, quindi, i modelli vengono adottati in funzione riparatoria e non preventiva: ciò costituisce, come è stato ben detto, un ulteriore “campanello di allarme” circa la tenuta complessiva del sistema preventivo delineato dal decreto, sia sul piano pratico che su quello concettuale⁽⁷⁵⁾.

Posto che «gli incentivi, di tipo premiale, all'adozione *ex ante* del modello organizzativo», sono privi, di fatto, «di qualsiasi cogenza prescrittivo-sanzionatoria»⁽⁷⁶⁾, il recupero dell'effettività general-preventiva del sistema dei modelli potrebbe avvenire rendendo obbligatoria *ex ante* l'attività auto-regolativa — sottoponendola per esempio ad autonoma sanzione in via amministrativa⁽⁷⁷⁾ — come peraltro già previsto rispetto alla gestione del rischio in molti settori⁽⁷⁸⁾: a fronte della concretizzazione del rischio e all'esito dell'accertamento di una colpa di organizzazione in capo all'ente, l'impegno auto-regolativo potrebbe essere comunque valorizzato in prospettiva di mitigazione del trattamento sanzionatorio⁽⁷⁹⁾.

Piuttosto che orientarsi in questa direzione, sembrerebbe preferibile valorizzare un aspetto che la disciplina attuale sembra trascurare del tutto e, cioè, il riconoscimento del valore dello *spontaneo* assolvimento dell'impegno autoregolativo *ex se*, mediante forme di premialità che non devono attendere *l'evento che verrà, ma che da subito possano convincere della bontà di una spesa certamente conveniente*⁽⁸⁰⁾.

Al fine di riequilibrare il rapporto onere-beneficio e di incentivare l'adozione di meccanismi di *compliance ante delictum*, convincente appare la suggerita sperimentazione in ambito collettivo di un istituto “analogo” alla sospensione del procedimento con messa alla prova⁽⁸¹⁾. L'idea proposta da

⁽⁷⁴⁾ Secondo C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 4-2019, p. 530 ss., il diffuso fenomeno prasseologico dell'esercizio discrezionale dell'azione penale nei confronti degli enti finisce per determinare una (inquietante) ipotesi di non punibilità di fatto.

⁽⁷⁵⁾ S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione*, cit. p. 63.

⁽⁷⁶⁾ M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti*, cit., p. 389.

⁽⁷⁷⁾ M. RIVERDITI, *op. cit.*, p. 394.

⁽⁷⁸⁾ Per un'analisi dei modelli di auto-normazione obbligatoria, in particolare di quelli incentrati sull'adozione di programmi di prevenzione, V. MUSCATIELLO, *Il ruolo della autonormazione*, cit., p. 315 ss.

⁽⁷⁹⁾ Si tratta di un modello di autonormazione che combina obbligo e onere alla luce del medesimo obiettivo prevenzionistico, così D. BIANCHI, *Appunti per una teoria*, cit., p. 26.

⁽⁸⁰⁾ V. MUSCATIELLO, *op. cit.*, p. 380.

⁽⁸¹⁾ Recenti pronunce della giurisprudenza di merito hanno dimostrato un atteggiamento

parte della dottrina è quella di immaginare che anche una correzione *post factum* di un modello preesistente, che non sia di pura facciata, possa determinare l'esonero di responsabilità, in forma di premio per la società che scelga di dotarsi di una struttura organizzativa per la prevenzione dei reati, anche se giudicata non idonea rispetto alla commissione di un determinato illecito. Tale opzione premiale, il cui effetto ultimo sarebbe l'estinzione dell'illecito dell'ente, non andrebbe a deresponsabilizzare la società, in quanto l'assunzione preventiva dell'impegno organizzativo-gestionale costituirebbe il necessario presupposto per l'ammissione al rito⁽⁸²⁾; inoltre, per scongiurare il rischio che l'ente ricorra ad un'organizzazione *cosmetica*, si ritiene opportuno — similmente a quanto già avviene per la messa alla prova disciplinata dalla l. n. 67/2014 — assegnare alla valutazione giudiziale l'accertamento in concreto circa l'affidabilità della prospettiva di riorganizzazione dell'ente che chieda di essere ammesso alla *probation*⁽⁸³⁾. Il procedimento a suo carico verrebbe così sospeso per consentire all'impresa di reintegrare il disvalore prodotto dall'illecito mediante condotte riparatorie e risanamenti interni, attestanti la sopravvenuta adeguatezza organizzativa.

Si tratta di una soluzione diversa da quella *meramente riparatoria* sottesa agli strumenti di *ravvedimento operoso*, i quali incentivano l'adozione del modello solo *ex post factum*, unitamente al ristoro del danno già prodotto; una prospettiva, quindi, meritevole di essere sperimentata e per la quale prevenzione e riparazione mediante organizzazione, lungi dal porsi in

mento interpretativo mutevole riguardo alla possibilità per l'ente di accedere al rito della sospensione: ricorrendo ad argomenti simili a quelli formulati a proposito del diniego di operatività dell'art. 131-*bis* c.p. e richiamando il principio *dell'ubi lex dixit voluit, noluit tacuit*, il Tribunale di Bologna, con ordinanza del 10 dicembre 2020, ha ritenuto inapplicabile la disciplina della sospensione del processo con messa alla prova alle persone giuridiche chiamate a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231/2001. In sintesi, secondo la pronuncia, l'istituto sarebbe modellato sulla figura dell'imputato persona fisica: la conformazione sostanziale di tale disciplina (i.e. il richiamo ai parametri di cui all'art. 133 c.p.) e le sue finalità (prevalentemente di rieducazione e risocializzazione dell'imputato) non potrebbero essere adattati ad un ente responsabile di un illecito. Solo qualche mese prima, tuttavia, il Tribunale di Modena (provv. del 19 ottobre 2020) aveva ammesso una persona giuridica al rito.

⁽⁸²⁾ In una recente pronuncia del Tribunale di Modena, ord. 15 dicembre 2020, la richiesta di ammissione alla prova è stata rigettata proprio per l'assenza di un modello di organizzazione e gestione preventivamente adottato dall'ente collettivo.

⁽⁸³⁾ Formula la proposta in questi termini, R.A. RUGGIERO, *Scelte discrezionali del Pubblico Ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 172 ss. L'opzione è condivisa da C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., par. 13. Parzialmente critico, invece, F. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, cit., p. 295 ss.

termini alternativi, potrebbero trovare piena sintesi nella medesima dimensione teleologica della salvaguardia degli interessi coinvolti.

Sul piano strettamente sostanziale, per meglio valorizzare i principi di proporzionalità e sussidiarietà, si potrebbe, infine, *de jure condendo*, valutare l'opportunità di una previsione selettiva e mirata dei gradi di colpa organizzativa rilevanti⁽⁸⁴⁾, con esclusione della responsabilità in caso di colpa lieve o lievissima nell'assetto organizzativo di prevenzione del reato preliminarmente adottato dall'ente (una tenuità dell'illecito amministrativo che potrebbe configurare un'ipotesi autonoma di *decumulo* di responsabilità)⁽⁸⁵⁾, "compensando" così, sia pur indirettamente, l'inesistibilità all'ente della causa di non punibilità incentrata sulla particolare tenuità del fatto, ex art. 131-*bis*, c.p., sancita dal diritto vivente.

⁽⁸⁴⁾ Valorizza simile prospettiva, M.M. VERRE, *La responsabilità dell'ente per il fatto esiguo: considerazioni di razionalità punitiva e prospettive di riforma*, in AA.VV., *Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 129 ss.; sul punto, rispetto all'ipotesi di colpa di organizzazione per mancata identificazione dell'autore del reato, M.A. BARTOLUCCI, *L'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 nel Triangolo di Penrose*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2017, p. 18.

⁽⁸⁵⁾ C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, cit., par. 8.

FRANCESCA VITARELLI

PROSPETTIVE DI *PARTNERSHIP* PUBBLICO-PRIVATO NEL PROCESSO DI “POSITIVIZZAZIONE” DEGLI STANDARD PER L’AUTONORMAZIONE DEGLI ENTI

SOMMARIO: 1. L’eterointegrazione del tipo colposo nel contesto della responsabilità amministrativa da reato dell’ente. — 2. Alla ricerca di un parametro di riferimento per i modelli 231: le soluzioni finora proposte. — 3. *Partnership* pubblico-privato nella “positivizzazione” dei protocolli cautelari: esempi di gestione ibrida del rischio già presenti nell’ordinamento. — 4. Alcune prospettive di *partnership* pubblico-privato *de iure condendo* nel contesto della responsabilità da reato degli enti.

1. L’eterointegrazione del tipo colposo nel contesto della responsabilità amministrativa da reato dell’ente.

Risale a Welzel il rilievo secondo cui le fattispecie colpose presenterebbero carattere “incompleto” e “aperto”, richiedendo dunque necessariamente un apporto eterointegrativo di natura cautelare⁽¹⁾. Si tratta, come noto, di standard comportamentali ai quali l’agente è chiamato a conformarsi e la cui inosservanza delinea il volto oggettivo e la dimensione lesiva dell’azione: per queste ragioni, le regole cautelari sono “elementi addizionali di tipicità”⁽²⁾ e svolgono una funzione di integrazione del precetto dal punto di vista della tipizzazione obiettiva del comportamento sanzionato, nonché di approfondimento del significato di disvalore ad esso sotteso.

⁽¹⁾ Cfr. sul tema in particolare G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 137; D. CASTRINUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009; C. PIERGALLINI, *Colpa (voce)*, in *Enc. dir.*, 2017, p. 222 ss.; C.E. PALIERO, *Il tipo colposo*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d’impresa: un dialogo con la giurisprudenza*, Firenze University Press, Firenze, 2010, pp. 1-8.

⁽²⁾ Così E. GRECO, *Eterointegrazione cautelare e successione di leggi nelle cadenze strutturali dell’illecito colposo. In particolare: il microsistema degli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali delineato dal «decreto palchi»*, in *Dir. pen. cont.*, 3-2016, p. 133; v. anche E. GRECO, *L’illecito dell’ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in *Riv. it.*, 4-2019, pp. 2091-2128.

È altrettanto noto, peraltro, come l'individuazione *ex ante* di tali regole di condotta extra-penalì, anche prasseologiche, non è sempre agevole. Per ovviare a tale difficoltà, si è quindi cominciato a guardare con favore alla formalizzazione e codificazione delle regole cautelari, ovvero al passaggio da un regime di prevalente colpa "generica" ad uno di colpa "specificata", fondata su regole scritte. In tale contesto, si è avviata così la sperimentazione di modelli normativi "ibridi" di gestione del rischio, i quali vedono il coinvolgimento di soggetti sia pubblici che privati nell'individuazione delle regole cautelari e una "hardificazione" di regole riconducibili alla soft law⁽³⁾.

Ciò considerato, ai fini del presente contributo occorre sottolineare come i problemi d'imputazione che investono il tipo colposo si ripresentano, in veste ancora più amplificata, in un contesto socioeconomico complesso quale quello della responsabilità amministrativa da reato degli enti, in riferimento alla c.d. colpa di organizzazione dell'ente per inidoneità del modello (art. 6 del d.lgs. n. 231/2001)⁽⁴⁾.

Anche nel contesto della responsabilità degli enti, infatti, si avverte la difficoltà di stabilire in anticipo e con sufficienti margini di certezza la regola cautelare doverosa dotata di efficacia liberatoria che possa fungere da riferimento sia per l'ente in fase di redazione del modello che per il giudice

⁽³⁾ V. *infra* par. 3 per alcuni esempi.

⁽⁴⁾ Cfr. sul punto F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems: i limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it.*, 3-2017, p. 945; A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3-4/2014, p. 105 ss.; C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University Press, Bologna, 2013, p. 161 ss.; C.E. PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 277 ss.; C.E. PALIERO, C. PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3-2006, p. 167 ss.; A. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5101 ss.; A. TRIPODI, «*Situazione organizzativa*» e «*colpa in organizzazione*»: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1/2-2004, p. 483 ss.; C.E. PALIERO, *Art. 7, soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente*, in M. LEVIS, A. PERINI (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti: d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Zanichelli, Bologna, 2014, pp. 189-209; M. SCOLETTA, *Art. 6 - profili penalistici*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI, G. VARRASO (a cura di), *Compliance: responsabilità da reato degli enti collettivi: d.lgs. n. 231/2001; banche, intermediari finanziari, assicurazioni; reati transnazionali; ambiente; sicurezza del lavoro; anticorruzione e misure di prevenzione; whistleblowing*, Ipsos, Milano, 2019, pp. 817-874.

in fase di accertamento della responsabilità⁽⁵⁾. In tale ambito, tuttavia, si riscontra un'ulteriore difficoltà dovuta al fatto che nella prova della responsabilità dell'ente i tribunali non dispongono, di norma, di linee guida codificate, di pratiche preventive sperimentate, di una scienza dell'organizzazione condivisa⁽⁶⁾.

Infatti, il bagaglio di conoscenze ed esperienze riguardante le specifiche cautele organizzative e le regole procedurali idonee a prevenire il reato da cui il giudice deve trarre le regole di condotta dell'ente⁽⁷⁾ è connotato da un «ragguardevole tasso di complessità, che aderisce alla dimensione collettiva e procedimentalizzata delle decisioni aziendali»⁽⁸⁾. Peraltro, come rilevato in dottrina, «la prevenzione del rischio-reato, in contesti culturali complessi, è una materia giovane, poco scrutata, tanto che ciascuna

⁽⁵⁾ V. sul punto, *ex multis*, S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/2017; V. MANES, A.F. TRIPOLI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità penale degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 163; G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A.M. STILE, V. MONGILLO, G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Jovene, Napoli, 2013, p. 176; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3-2011, p. 79; P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. 231 del 2001: alcuni problemi aperti*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti*, cit., p. 75; G. DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 10-2010, p. 1141; F. D'ARCANGELO, *I canoni di accertamento della idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2-2011, p. 129 ss.; C. PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Le Soc.*, 2011, p. 48; ID., *Colpa di organizzazione e impresa*, cit., p. 180 s.; ID., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del «modello organizzativo» ex d.lgs. 231/2001)*, in AA.Vv., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 2104-2165; M. SCOLETTA, *Art. 6-profilo penalistici*, cit., p. 817 ss. In giurisprudenza v. Cass., Sez. III, 6 maggio 2019, n. 18842; Cass., Sez., VI, 6 dicembre 2018, n. 54640; Cass., Sez. IV, 23 maggio 2018, n. 38363; Cass., Sez. IV, 16 aprile 2018, n. 16713; Cass., Sez. IV, 21 gennaio 2016, n. 2544; Cass., Sez. II, 10 luglio 2015, n. 29512.

⁽⁶⁾ Si vedano sul punto in particolare le osservazioni di V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001*, cit., p. 89.

⁽⁷⁾ Le regole organizzative per la gestione del rischio-reato sono ricavabili «da un ampio compendio di fonti normative primarie e sub primarie, da codici di autodisciplina e da guidelines emesse dalle associazioni di categoria che indicano il contenuto delle misure di prevenzione», cfr. Trib. Milano, 3 gennaio 2011, g.u.p. D'Arcangelo, in *www.rivista231.it*.

⁽⁸⁾ C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, cit., p. 172.

decisione cautelare costituisce essa stessa una decisione a rischio, suscettibile di revisione e di aggiornamento»⁽⁹⁾.

Con ciò si spiega dunque la necessità, emersa fin dall'introduzione della responsabilità *ex crimine* degli enti, di ricercare uno standard di riferimento che potesse fungere da vincolo per l'ente in fase di redazione del modello e, soprattutto, per limitare la discrezionalità del giudice in sede di valutazione della sua idoneità⁽¹⁰⁾. Allo stato attuale, infatti, ove anche il singolo ente segua pedissequamente le linee-guida di categoria nello strutturare il proprio modello di prevenzione dei reati, è in ogni caso privo di garanzia alcuna in ordine al riconoscimento in sede giudiziale dell'idoneità preventiva delle regole cautelari adottate. L'ente corre cioè il rischio di affrontare una ristrutturazione aziendale che tenga conto di virtuosi principi di organizzazione e controllo e che, come tale, può essere molto onerosa, senza tuttavia ricevere alcuna garanzia in ordine all'efficacia concreta della sua scelta imprenditoriale, vale a dire senza alcuna certezza sull'effetto di esonero dalla responsabilità⁽¹¹⁾.

Il contributo che qui si propone intende ricostruire le varie soluzioni finora proposte al fine di ricercare uno standard di riferimento nel contesto della responsabilità degli enti nonché, a partire da alcuni esempi di "positivizzazione" di regole cautelari presenti nell'ordinamento, analizzare le prospettive di superamento di una gestione solo privatistica⁽¹²⁾ del ri-

⁽⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁾ Sul punto v. di recente M. SCOLETTA, *Art. 6 - profili penalistici*, cit., p. 817 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. A.M. STILE, A. FIORELLA, V. MONGILLO (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente*, Jovene, Napoli, 2014, pp. XIII-XIV; A. FIORELLA, *Elasticità dei parametri di idoneità dei modelli preventivi e incertezze della 'pratica'*, in A.M. STILE, V. MONGILLO, G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni da d.lgs. 231/2001*, cit., p. 359 ss.

⁽¹²⁾ Sul tema autonormazione e diritto penale v. S. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, in *Riv. it.*, 4-2020, pp. 1931-1961; S. TAVERRITI, *L'autocontrollo penale. Responsabilità penale e modelli di autonormazione dei destinatari del precetto*, Tesi di dottorato di ricerca a.a. 2017/2018 - Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria"; C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 265 ss; ID, *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in C.E. PALIERO e altri (a cura di), *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, p. 117 ss.; V. TORRE, *La «privatizzazione» delle fonti di diritto penale, Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bononia University Press, Bologna, 2014.

schio, favorendo piuttosto la *partnership* pubblico-privato nell'ottica di una proficua combinazione di strumenti di *hard* e di *soft law* ⁽¹³⁾.

2. Alla ricerca di un parametro di riferimento per i modelli 231: le soluzioni finora proposte.

Il problema della ricerca di uno standard di riferimento nel contesto della responsabilità degli enti si era effettivamente posto già in occasione dei lavori preparatori dell'attuale disciplina quando si decise di introdurre all'art. 6, c. 3 del d.lgs. n. 231 del 2001 un meccanismo attraverso cui fissare parametri orientativi per le imprese, che in qualche modo riducesse il rischio di una disomogeneità interpretativa nella valutazione dei modelli da parte dei giudici. Tale meccanismo fu individuato nell'elaborazione di « codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti » con le eventuali « osservazioni » da parte del Ministero della Giustizia » (art. 6, c. 3, d.lgs. n. 231 del 2001).

Ebbene, tale procedimento, che avrebbe dovuto favorire « una certa omogeneità sul territorio nazionale circa le caratteristiche fondamentali dei modelli » ⁽¹⁴⁾ e offrire un parametro di riferimento per l'attività giudiziale, non ha prodotto i risultati sperati. In particolare, va rilevato che, da un lato, il Ministero non ha saputo incidere sui modelli elaborati dalle associazioni ⁽¹⁵⁾ e non ha dunque contribuito a formare un sapere consolidato sulle caratteristiche necessarie dei *compliance programs*. Dall'altro, nonostante vi fosse la prospettiva di un'« autoregolamentazione privata rinforzata », intesa a superare « la portata puramente “volontaristica” dei tradizionali codici di corporate *governance* (si pensi al Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana) », non sono stati specificati « gli effetti del placet ministeriale (esplicito o tacito) o delle eventuali proposte emendative formulate dall'autorità governativa; quindi non emergono i vantaggi che l'ente può ottenere ispirandosi nella costruzione del proprio Modello Organizzativo alle indicazioni fornite dalle associazioni categoriali » ⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Cfr. F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*; cit., p. 945; C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc. cit.*, p. 265 ss.

⁽¹⁴⁾ G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, cit., p. 174 s.

⁽¹⁵⁾ Sul valore delle linee guida di categoria v. M. SCOLETTA, *Art. 6 - profili penalistici*, cit., p. 830 s.

⁽¹⁶⁾ G. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, cit., p. 174 s.

L'iniziativa del legislatore di promuovere un'armonizzazione minima attraverso il richiamo ai "modelli di categoria" dell'art. 6, co. 3 si è quindi rivelata strutturalmente inadatta a porsi quale serio vincolo per l'ente in fase di redazione del modello nonché per il giudice in sede di valutazione dell'idoneità⁽¹⁷⁾.

Pur con tutti i limiti appena segnalati occorre tuttavia evidenziare come il legislatore abbia comunque intuito la necessità, da un lato, di fornire dei parametri orientativi per la costruzione dei modelli di organizzazione e per la valutazione giudiziale del comportamento organizzativo e, dall'altro, di assegnare un ruolo "intermedio", di garanzia, nel processo di formalizzazione delle *best practices* al Ministero della Giustizia. Tale proposta, pertanto, contempla *in nuce* una *partnership* pubblico-privato.

Una diversa ed opposta soluzione che è stata discussa in dottrina consisterebbe nell'adozione di meccanismi di certificazione da parte di enti privati del singolo modello concretamente adottato dall'ente⁽¹⁸⁾, che ne escluderebbe la responsabilità in presenza dell'attestazione di idoneità del modello. A ben vedere, peraltro, tale validazione preventiva della idoneità del modello organizzativo in concreto adottato non precluderebbe il rispetto del libero convincimento del giudice. Infatti, l'organo giudicante dovrebbe comunque verificare, da un lato, la regolarità dell'attestazione quale prodotto dell'azione di un certificatore indipendente che abbia operato in buona fede e, dall'altro, che il modello organizzativo concretamente attuato corrisponda a quello che è stato validato all'esito del procedimento di certificazione. Ciò implica, in definitiva, che l'oggetto

⁽¹⁷⁾ V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001*, cit., p. 89.

⁽¹⁸⁾ Una simile proposta è stata avanzata con il noto disegno di legge del 2010 presentato dall'A.R.E.L. che suggeriva l'introduzione nel corpo del d.lgs. n. 231/2001 dell'art. 7-bis, rubricato "Attestazione di idoneità del modello di organizzazione e gestione". Sul punto cfr. G.M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 11-2010, p. 4032 ss.; S. BARTOLOMUCCI, *Lo strumento della certificazione e il d.lgs. 231/2001: polisemia ed interessi sottesi nelle diverse prescrizioni normative*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2-2011, p. 52 ss.; G. DE VERO, *Il progetto di modifica*, cit., p. 1137 ss.; A. FIORELLA, *Commento*, in R. PINZA (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica d.lgs. 231/2001*, in *Arel-pwc*, 2010, p. 29 ss.; V. MONGILLO, *Il giudizio di idoneità*, cit., p. 86 ss.; F. MUCCIARELLI, "Una progettata modifica" al d.lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità, in *Le Soc.*, 10-2010, p. 1247 s.; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 2051 ss.; E. VILLANI, *The Certification of Compliance Programs*, in AA.Vv., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in European Union*, vol. II, a cura di A. FIORELLA, Jovene, Napoli, 2012, p. 289 ss.

della certificazione consisterebbe nella sola attestazione della “idoneità preventiva” delle regole cautelari adottate dall’ente, mentre resterebbe pieno il sindacato del giudice in ordine all’effettiva attuazione del modello organizzativo, dovendosi stabilire se le regole cautelari effettivamente applicate corrispondano a quelle contenute nel modello certificato⁽¹⁹⁾. Inoltre, il “percorso di accertamento” delle regole preventive seguito dal certificatore e i criteri di valutazione dallo stesso adottati potrebbero risultare di ausilio al giudice nel perfezionare la sua decisione, pur nel rispetto del principio del “libero convincimento”⁽²⁰⁾. Ciò posto, rispetto a tale soluzione si è rilevato criticamente come la previsione di un meccanismo di certificazione a matrice privatistica del singolo modello adottato dall’ente celerebbe in sé l’accettazione di una “privatizzazione del rischio”⁽²¹⁾; peraltro, come detto, non garantirebbe comunque di arginare la discrezionalità giudiziaria in fase di valutazione dell’idoneità del modello.

Infine, una terza soluzione che è stata proposta consisterebbe nella realizzazione di una più decisa “positivizzazione” dei protocolli cautelari che, a parere di parte della dottrina dovrebbe realizzarsi affidando comunque al settore privato il compito di costruire l’ossatura dei modelli di riferimento⁽²²⁾. In questa direzione, in particolare, si è proposta la predisposizione da parte delle associazioni di categoria di «modelli e protocolli “pilota”, destinati a veicolare la nervatura delle principali cautele, sempre suscettibili, poi, di integrazioni di “dettaglio”, derivanti dalle peculiarità organizzative e operative di ciascun ente».

Tali modelli “pilota” dovrebbero dare luogo ad una presunzione “relativa” di idoneità preventiva da cui il giudice, nell’accertamento in concreto della colpa di organizzazione, potrebbe in ogni caso discostarsi motivan-

⁽¹⁹⁾ In questo senso v. in particolare G. DE VERO, *Il progetto di modifica*, cit. p. 1140; A. FIORELLA, “*Commento*”, cit., p. 39; F. MUCCIARELLI, “*Una progettata modifica*”, cit., p. 1247 s.; E. VILLANI, “*The Certification*”, cit., p. 290.

⁽²⁰⁾ In tal senso, cfr. A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità “aggregata” del fatto*, cit., p. 125 ss.

⁽²¹⁾ Con analoghi accenti v. G.M. FLICK, *Le prospettive di modifica del d.l. n. 23172001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti. Un rimedio peggiore del male?*, cit., p. 4036 ss.; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale*, cit., p. 2051 ss.; F. MUCCIARELLI, “*Una progettata modifica*”, cit., p. 1249.

⁽²²⁾ In particolare, v. C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale*, cit., 2051 ss., secondo cui «più che attardarsi nella redazione di ‘generici’ codici di comportamento, ci si dovrebbe decisamente orientare in direzione della positivizzazione di protocolli cautelari imperniati sulle *best practices*. Detto in altre parole, le associazioni rappresentative degli enti dovrebbero implementare indagini conoscitive sul grado di sviluppo e di evoluzione dei modelli».

done adeguatamente le ragioni⁽²³⁾. Si tratterebbe, dunque, di uno strumento diverso dai «codici di comportamento», di «impronta pedagogica e “generalista”» già previsti dal citato art. 6, c. 3: l'obiettivo è, come anticipato, quello di una più decisa positivizzazione dei protocolli cautelari secondo le cadenze della colpa specifica, da affidare, come anticipato, al settore privato⁽²⁴⁾.

Invero, autorevole dottrina ha messo in luce le indubbe criticità di una opposta soluzione, che affidasse alla sola sfera pubblica il compito di disciplinare una realtà assai variegata ed in continua espansione, in cui “il rischio-reato è condizionato da variabili spesso molto diverse, e comunque strettamente dipendenti dalla singola e specifica realtà aziendale e/o societaria”⁽²⁵⁾.

Cionondimeno, pare proficuo analizzare le proposte che stanno emergendo volte a favorire una collaborazione tra pubblico e privato nell'elaborazione e aggiornamento dei modelli per l'autonormazione degli enti in relazione alle varie categorie di rischio-reato⁽²⁶⁾, nell'ottica di garantire al-

⁽²³⁾ Cfr. sul punto V. MANES, A.F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, cit., p. 164. Diversamente, secondo S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, cit., un modello-pilota del maximum standard potrebbe costituire invece un parametro solo tendenziale di adeguatezza, che senza preconstituire alcuna prova legale e senza implicare alcuna inversione degli oneri probatori, si risolverebbe in uno strumento difensivo ulteriore per l'ente massimamente compliant, il quale avrebbe facoltà di dimostrare il recepimento delle cautele nel grado più elevato.

⁽²⁴⁾ In questo senso C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, cit., 2051 ss., secondo cui «i rischi-reato, riferibili alla *societas*, non possano essere riversati nell'alveo di quelli 'comuni', da affidare al dominio della colpa generica».

⁽²⁵⁾ Così C.E. PALIERO, *Art. 7, soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente*, cit., p. 189 ss., in risposta alla proposta di G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it.*, 2001, p. 1145 s., secondo cui sarebbe «necessario procedere a robuste integrazioni della disciplina 'preventiva' contenuta nel decreto legislativo in rapporto all'agevolazione dei reati dei sottoposti per inosservanza di obblighi di controllo. [...] Piuttosto che essere sostanzialmente rimesse all'autonomia dei soggetti privati, con il rischio peraltro che il giudice possa in concreto disconoscere l'efficacia e quindi il rilievo scusante rispetto al reato commesso dal sottoposto, tali norme dovrebbero essere contenute in atti normativi legislativi o regolamentari, che delineino un corpus tendenzialmente esaustivo di disposizioni intese ad evitare che nell'esercizio di attività lecite si commettano determinati reati portatori di particolare pregiudizio sociale».

⁽²⁶⁾ Cfr. F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*; cit., passim; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, cit., passim; V. TORRE, *La «privatizzazione» delle fonti di diritto penale, Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, cit., p. 427 ss.

l'ente una maggiore certezza dell'esito giudiziale in fase di valutazione dell'idoneità.

3. **Partnership pubblico-privato nella “positivizzazione” dei protocolli cautelari: esempi di gestione ibrida del rischio già presenti nell'ordinamento.**

Pare utile prima di tutto ricordare che in alcuni settori il nostro ordinamento ha già avallato una gestione “ibrida” del rischio in presenza di reati colposi. Emblematico, in tal senso, è l'ambito della colpa medica⁽²⁷⁾, in cui, con la legge “Gelli-Bianco”, è stato introdotto “un meccanismo di accreditamento pubblicistico delle linee guida tramite l'istituzione di un organo deputato alla loro verifica, pubblicazione e aggiornamento”, che consente di annoverarle, a parere di alcuni interpreti, tra le norme cautelari positive riconducibili alla colpa specifica⁽²⁸⁾.

Per come implementato finora, il suddetto sistema si è caratterizzato per il confluire di linee guida di diversa estrazione, dal rinvio a documenti internazionali, alla produzione di linee guida “locali”. Da un lato, vi sono le linee guida nazionali o internazionali, che però possono individuare un livello ideale di trattamento non raggiungibile in sede locale per vincoli di carattere economico; dall'altro, le linee guida di riferimento possono porre l’“asticella” dello standard cautelare troppo in basso, in quanto eccessivamente influenzate dalla preoccupazione di contenere i costi. Con riferimento poi agli effetti prodotti dalle linee guida, esse consentono di esentare da colpa l'operatore nell'ambito della colpa medica che vi si sia conformato, con alcune limitazioni. In primo luogo, laddove il personale sanitario si sia adeguato al disposto delle linee guida, ma si sarebbe dovuto discostare da queste ultime; ciò è possibile perché le linee guida presentano una struttura non rigida, ma fisiologicamente elastica e per essere applicate richiedono di essere adattate alle circostanze del caso concreto. Il giudizio di colpa, infatti, non può non essere individualizzato e relativizzato in base alla specifica situazione in cui si è trovato l'agente. In secondo luogo, quando l'operatore si è adeguato alle linee guida ma ha violato altre

⁽²⁷⁾ Per un approfondimento su tale parallelismo cfr. C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, cit., p. 261 ss.

⁽²⁸⁾ Cfr. *ex multis*, P. PIRAS, A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Edizioni ETS, Pisa, 2009, p. 295 ss. Per una ricostruzione completa sul punto v. M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 243 ss.

regole cautelari non scritte, ossia non ivi ricomprese: infatti, esse non sono esaustive delle regole cautelari da osservare nel singolo caso⁽²⁹⁾.

Un altro esempio di “positivizzazione” legislativa delle regole cautelari si può rinvenire nell’art. 30 c. 5 del d.lgs. n. 81/2008, che richiama le Linee guida UNI-INAIL per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL)⁽³⁰⁾ e il British Standard OHSAS 18001:2007⁽³¹⁾. In tale contesto, infatti, in riferimento all’elaborazione del modello di organizza-

(29) Cfr. *ex multis*, F. CENTONZE, M. CAPUTO, *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 4-2016, p. 1367 ss.; C. CUPELLI, *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Riv. Trim. Dir. pen. cont.*, 4-2017, p. 200 ss.; G.L. GATTA, *Colpa e responsabilità medica: il decreto Balduzzi va in soffitta e approda in G.U. la legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2017; P. PIRAS, *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo 590-sexies c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 3-2017, p. 269 ss.; F. CEMBRANI, *Su alcuni snodi critici della legge Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 3-2017, p. 873 ss.; C. CUPELLI, *Alle porte della nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, in *Dir. pen. cont.*, 1-2017, p. 195 ss.; F. D’ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 5-2017, p. 573 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *www.lageislazionepenale.eu*, 2 maggio 2017; A. D’ELIA, *“La colpa medica”: dal tramonto del modello “Balduzzi” all’alba di un nuovo sistema. Brevi note su una riforma in stile pulp*, in *www.archiviopenale.it*, 27 giugno 2017; O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 6-2017, pp. 2151 ss.; G. IADECOLA, *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella Legge 8 marzo 2017 n. 24 (Legge Gelli-Bianco)*, in *Dir. pen. cont.*, 6-2017, p. 53 ss.; A. PALMA, *Molto rumore per nulla: la legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2-2017, p. 523 ss.; G. PAVICH, *La responsabilità penale dell’esercente la professione sanitaria: cosa cambia con la legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2961 ss.; L. RISICATO, *Il nuovo statuto della colpa medica*, in *www.legislazionepenale.eu*, 5 giugno 2017; A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge “Gelli-Bianco”: contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *www.archiviopenale.it*, 21 luglio 2017; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., *passim*; DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell’operatore sanitario dal decreto “Balduzzi” alla l. “Gelli-Bianco”*, in *www.legislazionepenale.eu*, 17 gennaio 2018.

(30) Le Linee Guida per un sistema di gestione della salute e sicurezza sul lavoro (SGSL) sono state adottate dall’INAIL in accordo con le parti sociali e l’UNI, e costituiscono “un valido aiuto per le imprese che intendono volontariamente adottare un sistema di gestione della sicurezza”, la cui applicazione va “modulata tenendo conto delle caratteristiche complessive dell’impresa/organizzazione (dimensioni, tipologie produttive, cicli tecnologici, struttura dell’organizzazione, ecc.) che intende adottarlo”.

(31) La norma BS OHSAS 18001:07 (Occupational Health and Safety Assessment Series), emanata dalla British Standards Institution (BSI) nel 1999, e successivamente rivisitata, costituisce uno standard internazionale per il sistema di gestione della sicurezza e della salute dei lavoratori, per cui viene rilasciata una certificazione di conformità.

zione nell'ambito della sicurezza sui luoghi di lavoro, linee guida non vincolanti, tra le quali talune sono elaborate con la collaborazione di un ente pubblico, acquisiscono forza di legge, in quanto il loro rispetto dà luogo ad una presunzione (pur sempre relativa) di idoneità⁽³²⁾. Peraltro, a ciò deve aggiungersi che, coerentemente con un'interpretazione sistematica del comma 5 nel contesto del d.lgs. n. 231 del 2001, "il Modello per la prevenzione dei rischi derivanti dai reati colposi di cui all'art. 25-septies del decreto 231 non può limitarsi a contenere disposizioni richiamate dall'art. 30 del decreto 81 del 2008, ma deve comunque rispettare tutte le previsioni dell'art. 6 della 231"⁽³³⁾.

Anche tale secondo esempio di "positivizzazione" attualmente presente nel nostro ordinamento, dunque, si pone nell'ottica di ricondurre la colpa (in questo caso dell'ente) nell'alveo della colpa specifica⁽³⁴⁾. Inoltre, si rinvia la prospettiva di un apporto congiunto di pubblico e privato nella definizione degli standard di riferimento⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ Cfr. O. DI GIOVINE, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 3-2009, p. 1325 ss.; N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 7-2008, p. 819; F. D'ARCAN-GELO, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, *Resp. amm. soc. enti*, 2-2008, p. 92; nello stesso senso, G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 187; R. LOTTINI, *I modelli di organizzazione e gestione*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 177; T. VITARELLI, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it.*, 2-2009, p. 695 ss.; M. SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Le Soc.*, 9-2010, p. 1124 s.; 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 Mario Romano*, vol. 3, Jovene, Napoli, 2011, p. 1972 ss.; G. CASAROLI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, A. MELCHIONDA (a cura di), *La tutela penale della sicurezza sul lavoro. Luci ed ombre del diritto vivente*, ETS, Napoli, 2015; F. GIUNTA, *I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico*, in *Resp. amm. Società e enti*, 4-2013, p. 9 ss.; A.M. STILE, A. FIORELLA, V. MONGILLO (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente*, cit., passim; M. SCOLETTA, *Art. 6 - profili penalistici*, cit., p. 817 ss.

⁽³³⁾ Così T. GUERINI, *Il ruolo del modello di organizzazione, gestione e controllo nella prevenzione del rischio da reato colposo*, in *Riv.* 231, 4-2012, p. 107.

⁽³⁴⁾ C. PIERGALLINI, *Colpa di organizzazione e impresa*, cit., p. 161 ss.; V. MANES, A.F. TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, cit., p. 164.

⁽³⁵⁾ V. sul punto G. MARRA, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, cit., in particolare p. 177: "definito il vigente modello regolativo della sicurezza sul lavoro come un sistema di gestione partecipata del rischio, incentrato sull'adempimento attivo di doveri procedurali ed obblighi organizzativi da parte delle persone fisiche obbligate, l'estensione della responsabilità diretta degli enti a questo nevralgico settore rappresenta la

Sembra dunque possibile, a partire da tali paradigmi legislativi, ipotizzare una *partnership* pubblico-privato nell'elaborazione o validazione di standard cautelari riferibili alla prevenzione delle varie tipologie di rischio-reato cui si lega la responsabilità degli enti. In particolare, si potrebbe promuovere l'implementazione di un sistema di recepimento delle cautele con la finalità di accreditare, monitorare e aggiornare i protocolli preventivi, evitando così la moltiplicazione di direttive disomogenee o prive di solide basi empiriche. In tal modo, si potrebbe superare il modello di soft law delle linee-guida di categoria e si conseguirebbe il vantaggio di pervenire ad una codificazione di regole condivise, attestate dalla prassi, pur sempre suscettibili di essere rinforzate dal singolo ente.

Ne uscirebbe fortemente ridimensionata la sostanziale vaghezza della attuale disciplina, che sarebbe colmata da prescrizioni, oggetto di rinvio legislativo, precise e certe, modellate sullo schema della colpa specifica.

Invero, si tratta di un'esigenza già sottolineata, proprio nell'ambito di colpa medica, dalla Suprema Corte la quale aveva messo in evidenza «i pericoli connessi all'utilizzazione di raccomandazioni provenienti da soggetti non indipendenti o non sufficientemente qualificati». In tale quadro si è rivelata dunque cruciale, scrive ancora la Cassazione con riferimento alla recente legge n. 24/2017 c.d. Gelli-Bianco, «l'importante progetto di “codificazione” ed “istituzionalizzazione”» accompagnato da un «procedimento di adeguamento delle direttive di comportamento»⁽³⁶⁾.

4. Alcune prospettive di *partnership* pubblico-privato *de iure condendo* nel contesto della responsabilità da reato degli enti.

Come anticipato, pare dunque proficuo verificare quali prospettive di una gestione “ibrida” del rischio si dischiudono nel contesto della responsabilità da reato degli enti.

necessaria conseguenza di quella scelta e l'indispensabile cerniera di chiusura dello schema disciplinare prescelto”.

⁽³⁶⁾ Cass., sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187 in *Dir. pen. cont.*, 6-2017, p. 280 ss., con nota di C. CUPELLI, *La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio*; in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 713 ss., con nota di M. CAPUTO, *‘Promossa con riserva’. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene ‘rimandata a settembre’ per i decreti attuativi*; in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1369 ss., con nota di G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*.

In particolare, è stato proposto di affidare al versante istituzionale un ruolo centrale nell'accreditamento e revisione delle regole preventive, coinvolgendo in tale processo le articolazioni ministeriali, come il Ministero della giustizia o il Ministero dello sviluppo economico⁽³⁷⁾. Invero, in via di principio, la redazione dei modelli organizzativi potrebbe anche essere affidata alle autorità amministrative indipendenti, ma, come osservato in dottrina, la prospettiva dell'attribuzione a una determinata authority di competenze relative alla "positivizzazione" delle cautele non risulterebbe coerente con le peculiari finalità di tutela proprie delle autorità indipendenti⁽³⁸⁾.

Per quanto concerne invece il versante privatistico, come noto, allo stato attuale sono spesso le associazioni di categoria ad occuparsi della predisposizione di modelli-guida, sebbene si auspichi un sempre maggiore coinvolgimento di diversi interlocutori in modo da superare una certa — inevitabile — parzialità dei soggetti coinvolti in primo piano in tale processo⁽³⁹⁾. In quest'ottica, si dovrebbe di riflettere sulle modalità atte ad implicare, in un ipotetico processo di elaborazione, anche enti rappresentativi di ulteriori interessi (dell'ambiente e dei lavoratori, per esempio) sulla scorta di quanto già avviene nella legislazione antinfortunistica, ma anche prevedere il coinvolgimento di professionisti afferenti a diverse discipline giuridiche ed extragiuridiche esperti sul tema della compliance⁽⁴⁰⁾.

Con riferimento alle modalità con le quali pubblico e privato dovrebbero intervenire nel processo di "positivizzazione" delle regole cautelari, si potrebbero innanzitutto delineare, in generale, i contenuti minimi delle cautele procedurali.

⁽³⁷⁾ Cfr. F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, cit., p. 961; S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, cit., p. 109 ss.

⁽³⁸⁾ In questi termini F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, cit., p. 961.

⁽³⁹⁾ In questi termini, S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, cit., p. 109. Sull'opportunità che il sistema di autoregolamentazione dell'impresa coltivi un approccio democratico che consenta la presa in carico delle istanze provenienti dai vari stakeholders si veda ampiamente C. PARKER, *The Open Corporation. Effective Self-Regulation and Democracy*, Cambridge, 2002, pp. 8-12, ma v. anche S. TAVERRITI, *L'autocontrollo penale. Responsabilità penale e modelli di autonormazione dei destinatari del precetto*, cit., p. 85; V. TORRE, *La «privatizzazione» delle fonti di diritto penale, Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, cit., p. 427 ss.

⁽⁴⁰⁾ Così, S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, cit., p. 109.

A tal riguardo, alcuni autori hanno preso in considerazione delle esperienze tratte dal diritto comparato, ed in particolare dal diritto inglese⁽⁴¹⁾ e nordamericano, in cui i soggetti pubblici hanno predisposto dei principi generali (*principle oriented approach*) di redazione e valutazione del modello, utili tanto per i destinatari della norma quanto per il giudice chiamato a motivare in punto di idoneità preventiva⁽⁴²⁾.

Si tratta, dunque, di criteri-guida flessibili, compatibili con la necessità di modellare le regole di auto-organizzazione sulle specificità di ogni singolo ente e con la salvaguardia del libero apprezzamento del giudice. Ciò considerato, si potrebbe altresì, in ottica più settoriale, aggiornare periodicamente lo “stato dell’arte” per ciascuna categoria di rischio-reato, raccogliendo le disposizioni e la prassi giudiziaria stratificatasi nel tempo⁽⁴³⁾.

Peraltro, a ben vedere, tale assetto non sarebbe comunque incompatibile con la possibilità di prevedere un contributo dell’attore istituzionale anche più concreto, sotto forma di “cooperative compliance”, che lo vedrebbe dunque coinvolto nella costruzione e applicazione delle misure organizzative assunte da parte del singolo ente. In tale prospettiva, infatti, si

(41) Nel Regno Unito il Ministero della Giustizia ha emanato una Guidance per orientare le imprese in relazione alla fattispecie ascrivibile all’ente di “failure to prevent bribery” rispetto alla quale si prevede una defence consistente nella dimostrazione di aver adottato ed attuato “adequate procedures” prima della commissione del reato. A ben vedere, però, tale documento si limita a predisporre dei principi (“principle-based approach”) privi di valenza prescrittiva ed eventuali deviazioni dalle indicazioni fornite non determinano un’automatica presunzione di carente organizzazione interna. Si tratta delle U.k. Ministry of Justice, Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing, 1 febbraio 2012, pp. 2-3; sul punto v. V. MONGILLO, *New statutory tests of corporate criminal liability in the UK: the Corporate Manslaughter Act 2007 and the Bribery Act 2010*, in A. FIORELLA (a cura di), *Corporate criminal liability and compliance programs, vol. I, Liability ‘ex crimine’ of legal entities in Member States*, Jovene, Napoli, 2012, p. 273 ss.; S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, cit., p. 88 s.

(42) Negli Stati Uniti vi sono invece le Sentencing guidelines emanate dal 1991 e riformate da ultimo nel 2014 negli Stati Uniti, il cui Capitolo 8 istituisce sette “key-criteria for establishing an effective compliance program”. Anche in tale caso vi è un approccio volutamente generico che descrive il “corporate good citizenship model”, senza offrire dettagli per una più specifica messa in opera, il che è conforme all’intento dei pubblici poteri di preservare la flessibilità dello strumento e di rimettere all’indipendenza delle organizzazioni la compliance più adatta alle particolari circostanze. Cfr. per un approfondimento S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, cit., p. 88 s.

(43) Cfr. sul punto S. MANACORDA, *L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, op. cit., p. 109 s.; V. MANES, A.F. TRIPODI, *L’idoneità del modello organizzativo*, cit., p. 164.

potrebbe impostare un dialogo attraverso forme di interpello o richieste di pareri preventivi all'amministrazione, che potrebbe ridurre i margini di incertezza nell'adattamento delle regole organizzative alla singola realtà aziendale e favorirebbe la "credibilità" dei reciproci impegni di cooperazione tra la sfera pubblica e quella privata⁽⁴⁴⁾.

Ad esempio, nel contesto del diritto ambientale già si verificano forme di "cooperative compliance" laddove spesso le organizzazioni scelgono di far certificare il proprio sistema di gestione ambientale da soggetti indipendenti, esterni all'organizzazione stessa tra i quali vi sono anche soggetti pubblici. Infatti, le principali certificazioni sono quella previste dalla normativa ISO 14001:2004 e la registrazione Emas⁽⁴⁵⁾: entrambi sono sistemi volontari (l'organizzazione sceglie, pur non essendovi obbligata, di conformare il proprio sistema di gestione ambientale ai requisiti richiesti da tali certificazioni) ed entrambi sono volti all'autocontrollo ed al miglioramento delle prestazioni ambientali delle organizzazioni, ma, a differenza della ISO, la registrazione *Emas* è di carattere pubblico: la relativa normativa è di provenienza europea e il sistema di registrazione è affidato ad enti pubblici.

Per quanto concerne, infine, i possibili parametri in base ai quali costruire specifiche regole cautelari in relazione alle varie tipologie di reato presupposto, l'alternativa consiste nell'utilizzare come riferimento il *maximum standard* in relazione al settore di riferimento ovvero basarsi sul comportamento medio e stabilizzato degli enti. Adottando tale ultima soluzione, l'ente disporrebbe di una guida di tipo preventivo tarata sul rischio-reato al più alto livello, ma potrebbe discostarsene nell'eventualità in cui le dimensioni o l'attività dell'impresa non giustificano siffatti sforzi⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. sul punto F. CENTONZE, *Responsabilità da reato degli enti e agency problems*, cit., p. 970.

⁽⁴⁵⁾ V. www.assolombarda.it, Il Sistema di Gestione ISO14001 ed EMAS nella prevenzione dei reati ambientali ex d.lgs. n. 231/2001, 2013, nonché la più recente ISO 37001 del 2016.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. sul punto S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, cit., p. 112, il quale osserva come un esempio significativo di ricorso al *maximum standard* si rinvenga già nella materia ambientale, in relazione al ricorso, anche in sede giudiziale, alle *Best Available Techniques* di matrice europea. In relazione all'utilizzo delle BAT in sede penale cfr. Trib. Savona, 11 marzo 14 (caso Tirreno Power), con nota di S. ZIRULIA, *Fumi di ciminiera e fumus commissi delicti: sequestrati gli impianti Tirreno Power per disastro "sanitario" e ambientale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2014 e C. RUGA RIVA, *Caso ILVA: profili penali-ambientali*, in www.lexambiente.it, 17 ottobre 2014.

In definitiva, le recenti proposte che stanno maturando in dottrina pretendono verso un coinvolgimento sia del versante istituzionale che di quello privato nell'elaborazione e nell'aggiornamento degli standard cautelari di riferimento per le diverse categorie di rischio-reato da cui derivi una responsabilità degli enti.

L'idea di fondo è, infatti, che solo attraverso una combinazione di *hard law* e *soft law* si possa conseguire l'obiettivo da un lato, di fornire all'ente delle prescrizioni legislative di riferimento in fase di redazione del modello, dall'altro, di introdurre una presunzione (pur sempre relativa) di idoneità del modello adottato la quale possa garantire, in ultima istanza, un maggiore grado di certezza e prevedibilità dei criteri decisionali in fase di *enforcement* giudiziale dei modelli 231.

Bibliografia

- BARTOLOMUCCI S., *Lo strumento della certificazione e il d.lgs. 231/2001: polisemia ed interessi sottesi nelle diverse prescrizioni normative*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2-2011, pp. 47-58.
- CAPUTO M., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017.
- CASAROLI G., GIUNTA F., GUERRINI R., MELCHIONDA A. (a cura di), *La tutela penale della sicurezza sul lavoro. Luci ed ombre del diritto vivente*, ETS, Napoli, 2015.
- CASTRONUOVO D., *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- CEMBRANI F., *Su alcuni snodi critici della legge Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 3-2017, pp. 873-879.
- CENTONZE F., *Responsabilità da reato degli enti e agency problems: i limiti del d.lgs.vo n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. It.*, 3-2017, pp. 945-987.
- CENTONZE F., CAPUTO M., *La risposta penale alla malpractice: il dedalo di interpretazioni disegnato dalla riforma Gelli-Bianco*, in *Riv. it. med. leg.*, 4-2016, pp. 1361-1369.
- CUPELLI C., *Alle porte della nuova responsabilità penale degli operatori sanitari. Buoni propositi, facili entusiasmi, prime perplessità*, in *Dir. pen. cont.*, 1-2017, pp. 195-198.
- CUPELLI C., *Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Riv. Trim. Dir. pen. cont.*, 4-2017, pp. 200-216.
- D'ALESSANDRO F., *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli-Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 5-2017, pp. 573-578.
- D'ARCANGELO F., *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, *Resp. amm. soc. enti*, 2-2008, pp. 77-96.
- D'ARCANGELO F., *I canoni di accertamento della idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2-2011, pp. 129-141.
- DE FRANCESCO G.A., *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *www.la legislazione penale.eu*, 2 maggio 2017.

- D'ELIA A., "La colpa medica": dal tramonto del modello "Balduzzi" all'alba di un nuovo sistema. Brevi note su una riforma in stile pulp, in *www.archiviopenale.it*, 27 giugno 2017.
- DE VERO G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it.*, 2001, pp. 1126-1146.
- DE VERO G., *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir. pen. proc.*, 10-2010, pp. 1137-1141.
- DI GIOVINE O., *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 3-2009, pp. 1325-1351.
- DI GIOVINE O., *Mondi veri e mondi immaginari di sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 6-2017, pp. 2151-2163.
- DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell'operatore sanitario dal decreto "Balduzzi" alla l. "Gelli-Bianco"*, in *www.legislazionepenale.eu*, 17 gennaio 2018.
- FIDELBO, G. *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in A.M. STILE, V. MONGILLO, G. STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 173-196.
- FIGURELLA A., voce *Responsabilità da reato dell'ente collettivo*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5101-5110.
- FIGURELLA A., *Commento*, in R. PINZA (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti. Progetto di modifica d.lgs. 231/2001*, in *Arel-pwc*, 2010, pp. 29-40.
- FIGURELLA A., SELVAGGI N., *Compliance programs e dominabilità "aggregata" del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale*, *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3-4/2014, pp. 105-119 ss.
- FLICK G.M., *Le prospettive di modifica del d.lgs. n. 231/2001, in materia di responsabilità amministrativa degli enti: un rimedio peggiore del male?*, in *Cass. pen.*, 11-2010, pp. 4032-4042.
- FORTI, G. *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990.
- GARGANI A., *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile "per definizione" la persona giuridica?*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. 3, Jovene, Napoli, 2011, pp. 1972-2005.
- GATTA G.L., *Colpa e responsabilità medica: il decreto Balduzzi va in soffitta e approda in G.U. la legge Gelli-Bianco*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2017.
- GIUNTA F., *I modelli di organizzazione e gestione nel settore antinfortunistico*, in *Resp. amm. Società e enti*, 4-2013, pp. 9-18.
- GRECO E., *Eterointegrazione cautelare e successione di leggi nelle cadenze strutturali dell'illecito colposo. In particolare: il microsistema degli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali delineato dal « decreto palchi »*, in *Dir. pen. cont.*, 3-2016, pp. 126-155.
- GRECO E., *L'illecito dell'ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo*, in *Riv. it.*, 4-2019, pp. 2091-2128.
- GUERINI T., *Il ruolo del modello di organizzazione, gestione e controllo nella prevenzione del rischio da reato colposo*, in *Riv. 231*, 4-2012, pp. 99-110.
- IADECOLA G., *Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella Legge 8 marzo 2017 n. 24 (Legge Gelli-Bianco)*, in *Dir. pen. cont.*, 6-2017, pp. 53-66.

- LOTTINI R., *I modelli di organizzazione e gestione*, in F. GIUNTA, D. MICHELETTI (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 167-200.
- MANACORDA S., *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1/2-2017, pp. 49-114.
- MANES V., TRIPODI A.F., *L'idoneità del modello organizzativo*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità penale degli enti. Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 137-170.
- MARRA G., *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2009.
- MONGILLO V., *Il giudizio di idoneità del modello di organizzazione ex d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3-2011, pp. 69-100.
- MONGILLO V., *New statutory tests of corporate criminal liability in the UK: the Corporate Manslaughter Act 2007 and the Bribery Act 2010*, in A. FIORELLA (a cura di), *Corporate criminal liability and compliance programs, vol. I, Liability 'ex crimine' of legal entities in Member States*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 273-303.
- MUCCIARELLI F., "Una progettata modifica" al d.lgs. n. 231/01: la certificazione del modello come causa di esclusione della responsabilità, in *Le Soc.*, 10-2010, pp. 1247-1255.
- PALIERO C.E., *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale*, in *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Giuffrè, Milano, 2009.
- PALIERO C.E., *Il tipo colposo*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa: un dialogo con la giurisprudenza*, Firenze University Press, Firenze, 2010, pp. 1-8.
- PALIERO C.E., PIERGALLINI C., *La colpa di organizzazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 3-2006, p. 167-184.
- PALIERO C.E., *Art. 7, soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente*, in M. LEVIS, A. PERINI (a cura di), *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti: d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Zanichelli, Bologna, 2014, pp. 189-209.
- PALMA A., *Molto rumore per nulla: la legge Gelli-Bianco di riforma della responsabilità penale del medico*, in *Riv. it. med. leg.*, 2-2017, pp. 523-541.
- PARKER C., *The Open Corporation. Effective Self-Regulation and Democracy*, Cambridge, 2002, p. 8-12.
- PAVICH G., *La responsabilità penale dell'esercente la professione sanitaria: cosa cambia con la legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 7/8-2017, pp. 2961-2978.
- PIERGALLINI C., *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Le Soc.*, 12-2011, pp. 45-55.
- PIERGALLINI C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del « modello organizzativo » ex d.lgs. 231/2001)*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, Napoli, 2011, pp. 2104-2165.
- PIERGALLINI C., *Colpa di organizzazione e impresa*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bononia University Press, Bologna, 2013, pp. 161-181.
- PIERGALLINI C., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 3-2015, pp. 261-266.

- PIERGALLINI C., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in C.E. PALIERO e altri (a cura di), *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, p. 117-141.
- PIERGALLINI C., *Colpa (voce)*, in *Enc. dir.*, 2017, pp. 222-265.
- PIRAS P., CARBONI A., *Linee guida e colpa specifica del medico*, in S. CANESTRARI, F. GIUNTA, R. GUERRINI, T. PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Edizioni ETS, Pisa, 2009, pp. 285-300.
- PIRAS P., *Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo 590-sexies c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 3-2017, pp. 269-272.
- PISANI N., *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 7-2008, pp. 819-839.
- RISICATO L., *Il nuovo statuto della colpa medica*, in *www.legislazionepenale.eu*, 5 giugno 2017.
- ROIATI A., *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in *www.archiviopenale.it*, 21 luglio 2017.
- SCOLETTA M., *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi d'evento: la prima sentenza di condanna*, in *Le Soc.*, 9-2010, pp. 1116-1127.
- SCOLETTA M., *Art. 6 - profili penalistici*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI, G. VARRASO (a cura di), *Compliance: responsabilità da reato degli enti collettivi: d.lgs. n. 231/2001; banche, intermediari finanziari, assicurazioni; reati transnazionali; ambiente; sicurezza del lavoro; anticorruzione e misure di prevenzione; whistleblowing*, Ipsoa, Milano, 2019, pp. 817-874.
- SEVERINO P., *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. 231 del 2001: alcuni problemi aperti*, in F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti, Dieci proposte di riforma*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 73-85.
- STILE A.M., FIORELLA A., MONGILLO V. (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla "colpa" dell'ente*, Jovene, Napoli, 2014.
- TAVERRITI S., *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penali*, in *Riv. it.*, 1-2021 (in corso di pubblicazione).
- TAVERRITI S., *L'autocontrollo penale. Responsabilità penale e modelli di autonormazione dei destinatari del precetto*, Tesi di dottorato di ricerca a.a. 2017/2018-Università degli Studi di Milano, Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria".
- TORRE V., *La «privatizzazione» delle fonti di diritto penale, Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, Bologna University Press, Bologna, 2014.
- TRIPODI A., *«Situazione organizzativa» e «colpa in organizzazione»: alcune riflessioni sulle nuove specificità del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1/2-2004, pp. 483-523.
- VILLANI E., *The Certification of Compliance Programs*, in AA.VV., *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Towards a Common Model in European Union*, vol. II, a cura di A. FIORELLA, Jovene, Napoli, 2012, pp. 285-294.
- VITARELLI T., *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it.*, 2-2009, pp. 695-712.

Sezione IV

TERRORISMO E ANTIRICICLAGGIO

CARLA CUCCO

**EPPUR IL GIUDICE NON BASTA:
DE-RADICALIZZAZIONE JIHADISTA E FORME
DI COOPERAZIONE EXTRA-GIUDIZIARIE**

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Radicalizzazione: significato, cause e differenziazioni oltre l'arena giudiziaria. — 2.1. La necessaria distinzione tra “radicalizzato” e “terrorista”. — 2.2. Prevenzione e criminalizzazione — legislative e giurisdizionali — differenziate. — 3. Programmi e percorsi di “de-radicalizzazione”. — 3.1. I percorsi individuali di de-radicalizzazione. — 4. Conclusioni.

1. Introduzione.

La materia terroristica, frutto della legislazione dell'emergenza⁽¹⁾, è terreno fertile di operatività della disciplina della prevenzione “para-penale”. Il massiccio impiego, ad esempio, delle misure di prevenzione disciplinate dal d.lgs. n. 159/2011 come strumenti utili alla causa della “lotta” al terrorismo e alla pericolosità del sempre crescente numero di adepti⁽²⁾, acuisce però la necessità di rinvenire nuove strade per superare la controversa debole conformità delle suddette misure alle garanzie del sistema penale; e, di più, per evitare l'eventualità che delle stesse sia fatto un uso distorto specie in tutti quei casi e con riferimento a tutti quegli indiziati di

(1) La legislazione dell'emergenza, se giustificata in ipotesi di imminenza di pericoli per la pubblica sicurezza di matrice interna ed esterna, diventa un rischio se “istituzionalizzata”: si è ad esempio osservato (V. EBOLI, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 216) che l'interprete è portato ad intervenire in questi casi non con norme transitorie, ma con disposizioni incidenti sulle ordinarie fattispecie generali e astratte, stabilizzando l'instabile.

(2) È sintomatico il fatto che le stesse abbiano un'applicazione estesa e “normale” come strumenti di lotta alle nuove forme di criminalità, tanto da aver indotto il legislatore ad organizzarle in un corpo normativo *ad hoc* (il d.lgs. n. 159/2011) che non ha eguali in altri ordinamenti nazionali e che si atteggia in modo critico come un sottosistema del sistema penale (si veda P. NUVOLONE, *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Cedam, Padova, 1969, p. 367 e ss.).

reati in materia di terrorismo, rispetto ai quali la tendenza osservata è quella all'anticipazione dello strumento penale in spregio ai principi di offensività, colpevolezza e materialità e più in generale dandosi luogo ad una compressione degli spazi di diritti e libertà fondamentali⁽³⁾. In particolare, di interesse è la prassi giudiziale consistente nel ricorrere alle misure di prevenzione nei confronti di soggetti solo "radicalizzati" all'Islam, per impedire che l'adesione ad una "sub-cultura" possa finire per integrare un illecito, attuando così una prevenzione eccessivamente "anticipata".

Sicché la "prevenzione-repressiva" rischia di appuntarsi su comportamenti espressione di mera adesione ad ideologie deviate, che non possiedono alcuna attitudine all'offesa, restando forme di manifestazione di un diritto garantito. Il tema si intreccia infatti con la questione controversa della bilanciabilità del diritto fondamentale del singolo a sposare un'ideologia ed eventualmente a manifestare all'esterno tale adesione (diritto di per sé garantito ex art. 21 Cost.) con la sicurezza della collettività dianozi a possibili, paventate, preventivate ma non concretamente accertate condotte delittuose, che in tale appartenenza rinvergono la loro matrice. Ma altresì intercetta le questioni legate alla comprimibilità di appartenenze culturali ed ideologiche "altre", a fronte di una pretesa unitaria "etica civile italiana"⁽⁴⁾.

Benché il procedimento di prevenzione permarrà in ombra nella presente analisi, esso resta però premessa funzionale all'applicazione "giudiziarica" di un meccanismo peculiare che si ritiene possa dare legittimità all'anticipazione della tutela innanzi descritta. L'angolazione che si adotterà, pertanto, guarderà il versante esecutivo, ed in specie si concentrerà sull'ipotesi in cui, rilevata la sussistenza di indizi di pericolosità di radicalizzazione al terrorismo, si opti per l'attivazione di percorsi di "de-radicalizzazione" per soggetti devianti, quale utile prescrizione complementare alla sorveglianza di pubblica sicurezza. Si tratta in sostanza di una delle applicazioni di tali misure più moderne in tema di terrorismo e più idonea a tutelarne la legitti-

⁽³⁾ Lucida sul punto opinione parzialmente dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque nel caso Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, disponibile al seguente indirizzo <http://budoc.echr.coe.int/eng?i=001-173433>, il quale lamenta implicitamente tale criticità del sistema di prevenzione osservando una, mai rilevata dalla Corte Edu, "errata etichettatura della realtà" (§II.B.9.). In verità vi è chi ha osservato che ciò che conta ai fini della loro ammissibilità è la prospettiva di intervento preventivo che essi assumono e che condividono con le misure di sicurezza: cfr. P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza* (voce), in *Enc. dir.*, XXVI, 1976, p. 632 e ss.

⁽⁴⁾ Cass., I, sent. 31 marzo 2017, n. 24048, con nota di A. NEGRI, *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e "valori del mondo occidentale"*, in *Dir. pen. cont.*, 7/8-2017, p. 246 e ss.

mità, e che si serve delle professionalità di privati o di docenti universitari per rendere effettivo e concreto il recupero sociale dei proposti alla misura, in coordinamento con la magistratura inquirente e requirente.

Un coinvolgimento dei professionisti privati che passa però anche attraverso la cooperazione in via generale per la predisposizione a monte di strumenti volti alla formazione professionale di coloro che siano chiamati a prevenire o gestire, specie in contesti carcerari, possibili tendenze radicalizzanti al terrorismo. La prospettiva metodologica assunta è quella delle azioni coordinate e del *multi agency* internazionale, oggi obiettivo condiviso dall'Intelligence, dalle Forze di polizia e dal mondo accademico.

2. Radicalizzazione: significato, cause e differenziazioni oltre l'arena giudiziaria.

Un dubbio è da sciogliere in via preventiva: in cosa si sostanzia la radicalizzazione e come va affrontata? È un rischio sociale, da accertare previamente all'applicazione delle misure di prevenzione in materia terroristica?

La Risoluzione del Parlamento Europeo del 2015 in materia⁽⁵⁾ definisce la radicalizzazione come quel «*fenomeno che vede persone abbracciare opinioni, pareri e idee intolleranti suscettibili di portare all'estremismo violento*». Alla stessa definizione rinviava altresì la proposta di legge a prima firma Dambruoso, che faceva perno «*sulle politiche di contrasto dell'estremismo violento (misure di deradicalizzazione e di riabilitazione) e sulla necessità di trovare una risposta più equilibrata al terrorismo che combini misure repressive e un approccio preventivo, in collaborazione con attori della società civile e con le comunità di riferimento*»⁽⁶⁾ e che proponeva innovativamente di attivare meccanismi che vedano il coinvolgimento di istituzioni e professionisti privati anche di settori non prettamente giuridici. Si trattava di una proposta di legge, approvata dalla sola Camera dei Deputati nel luglio del 2017, che aspirava a fissare regole generali che includessero il coinvolgimento dei privati nella fase attuativa delle misure di prevenzione disposte dall'autorità giudiziaria, oltre che nella gestione preventiva dei fe-

⁽⁵⁾ Risoluzione del Parlamento europeo, 25 novembre 2015, su prevenzione della radicalizzazione e del reclutamento di cittadini europei da parte di organizzazioni terroristiche, v. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0410_IT.html.

⁽⁶⁾ Disegno di legge A.S. 2883 (A.C. 3558-A) “*Misure per la prevenzione della radicalizzazione e dell'estremismo violento di matrice jihadista*”, approvato in prima lettura alla Camera il 18 luglio 2017 e trasmesso al Senato, ove la prima Commissione in sede referente ne ha concluso l'esame il 26 ottobre 2017, e facilmente accessibile a questo indirizzo: <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/ac0573a.htm>.

nomeni di radicalizzazione e nel trattamento risocializzante dei soggetti coinvolti, analogamente a quanto già accade in altri Stati (in particolare Danimarca, Francia, Regno Unito) (7). La stessa, pertanto, puntava a superare il particolarismo di programmi di *exit* attualmente predisposti *case by case*, con un approccio al fenomeno della radicalizzazione che pareva rifuggire, anche come emerge dalla Relazione illustrativa che introduceva il testo, dall'adozione di misure puramente repressive, perché capaci soltanto di condurre a sentimenti di esclusione in capo ai radicalizzati, in quanto individui o gruppi già marginalizzati nel contesto sociale.

Pertanto, la definizione che pare condivisa da più parti risulta certamente elastica, sì da consentire una sua estensione sia sul piano dei soggetti "radicalizzabili", sia su quello delle ideologie "radicalizzanti". Sotto il primo profilo, si osserva che non ci sono generazioni immuni dall'estremismo violento, né classi sociali, né condizioni economiche; nemmeno il genere personale costituisce indicatore della vulnerabilità del soggetto a lasciarsi ghermire dalle maglie della radicalizzazione. La definizione di radicalizzazione deve essere intesa come il frutto di una prospettiva "di contesto", nella quale si dia peso alle circostanze economiche, sociali e politiche in cui matura l'estremizzazione interna al singolo, e alla loro incidenza nei processi di radicalizzazione. E va altresì concepita non come stato immutabile ma come processo a più tappe, nel quale i fattori psicologici e sociali giocano un ruolo centrale e determinante (8). In altre parole, che una con-

(7) Ciascuno di questi Paesi ha infatti, in misura diversa, adottato modelli definiti di prevenzione del fenomeno della radicalizzazione, ancorché non tutti, come ad esempio quello francese, hanno raggiunto i risultati sperati. Si veda, rispetto al sistema fallimentare di "Pon-tourny", il castello delle Loira individuato come centro francese di recupero dei radicalizzati, S. FILLION, *What we can learn from France's failed deradicalization center*, in *lastampa.it*, v. <https://www.lastampa.it/esteri/la-stampa-in-english/2017/09/02/news/what-we-can-learn-from-france-s-failed-deradicalization-center-1.34412986>, 2 settembre 2017; M. CESARIO, *La San Patrignano dei jihadisti, viaggio nel centro che deradicalizza i giovanim musulmani*, in *linkiesta.it*, v. <https://www.linkiesta.it/2016/08/la-san-patrignano-dei-jihadisti-viaggio-nel-centro-che-deradicalizza-i/> 4 agosto 2016. Il Regno Unito ha invece adottato il programma *Channel*, che ha il suo fondamento normativo nel *Counter-Terrorism and Security Act* del 2015 (c. 6): per un commento si veda G. PACCHIARINI, *Foreign Fighters - Francia, UK e Danimarca avviano programmi di deradicalizzazione*, in *vulcanostatale.it*, v. <http://vulcanostatale.it/2015/02/foreign-fighters-francia-uk-e-danimarca-avviano-programmi-di-deradicalizzazione/> 25 febbraio 2015. Per il modello danese, elaborato dall'Università di Aarhus, e che ad oggi sembra essere il più efficace, vedasi P. BERTELSEN, *Danish Preventive Measures and Deradicalization Strategies: The Aarhus Model*, in *Panorama: Insights into Asian and European Affairs*, 1/ 2015, Konrad Adenauer Stiftung.

(8) A. STANFORTH, *Preventing Terrorism and Violent Extremism*, Oxford University Press, 2014, p. 184 e ss.

dotta possa dirsi “normale” o “estrema” dipende dall’intima relazione che essa intesse con la cultura in cui si produce e con le caratteristiche sociali del gruppo di riferimento in cui è realizzata⁽⁹⁾. In materia di terrorismo, la portata della radicalizzazione va indagata rispetto alla concezione delle attuali democrazie come stati di diritto, ove vige il riconoscimento dei diritti fondamentali, il pluralismo politico e la separazione dei poteri. Si inserisce, poi, nel macrosistema delle politiche pubbliche di sicurezza con cui devono bilanciarsi e confrontarsi i diritti dei singoli.

Su un piano diacronico, si tratta di un termine coniato in ambito politico nel XIX secolo per definire la corrente riformista estrema di un partito politico, ed in generale soleva riferirsi a quei gruppi caratterizzati da un’indipendenza oggettivamente «*progressista, non ortodossa, rivoluzionaria*»⁽¹⁰⁾. A partire dall’11 settembre 2001 il termine ha assunto una dimensione soggettiva nuova⁽¹¹⁾, collegata al processo psichico vissuto da alcuni membri della comunità musulmana che si muovono verso la — e si avvicinano alla — accettazione della violenza politica⁽¹²⁾ e pongono in essere comportamenti debordanti in estremismo ideologico con contenuti politici, sociali o religiosi volti alla contestazione dell’ordine costituito (prevalentemente quello occidentale), sia esso politico, sociale o culturale⁽¹³⁾.

Quello islamico è l’ambito nel quale il fenomeno della radicalizzazione è oggi più noto ed indagato, e nel quale si esplica la *public anxiety* dei paesi occidentali, sebbene si tratti di un fenomeno più inclusivo e includente, che interessa molteplici movimenti politici ed ideologici, e non impone di guardare ad esso necessariamente in senso dispregiativo.

⁽⁹⁾ Utili riferimenti A.I. PÉREZ CEPEDA, *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch, 11/2017; J.A. MELLÓN, *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización*, Tirant lo Blanch, 3/2015.

⁽¹⁰⁾ Oxford English Dictionary, 2002.

⁽¹¹⁾ Si tratta di un fenomeno che viene letto guardando ai profili soggettivi messi in luce dall’antropologia e dalla sociologia e che si affiancano su un piano di parità agli elementi oggettivi sui quali soltanto originariamente si definiva la radicalizzazione: tra gli altri, la marginalizzazione in Europa dei discendenti degli immigrati provenienti dai paesi musulmani, la situazione di conflitto presente nei suddetti paesi e le ricadute in Occidente, le politiche pro-Israele degli Stati Uniti d’America e la ferma opposizione alle istanze palestinesi (in questi termini F. KHOSROKHAVAR, *Radicalization. Why some people choose the path of violence*, The New Press, New York, 2015, p. 9).

⁽¹²⁾ L. DE LA CORTE IBÁÑEZ, *El terrorismo (yihadista) internacional a principios del siglo XXI: dimensiones y evolución de la amenaza*, in E. CONDE PÉREZ, S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Terrorismo y legalidad interacional*, Dykinson, Madrid, 2012.

⁽¹³⁾ R. BORUM, *Radicalization into Violent Extremism I. A Review of Social Science Theory*, in *Journal of Strategic Security*, 4, n. 4, 2012, pp. 7-36.

L'Unione Europea si muove nella direzione dell'approntamento di strategie che prevenivano o interrompano il passaggio dalla radicalizzazione alla commissione di attentati terroristici, ove siano state accolte le sfide che porta seco l'estremismo violento. Il primo atto in tale direzione è la «Strategia Europea della lotta contro il Terrorismo» approvata dal Consiglio d'Europa nel 2005⁽¹⁴⁾, che si articola in quattro aree di azione: prevenzione, protezione, persecuzione e responsabilità. Ad esso si affianca la «Strategia dell'Unione Europea per combattere la Radicalizzazione e il Reclutamento terrorista», di pochi giorni precedente⁽¹⁵⁾, risultato di un lavoro avviato a partire dalla «Dichiarazione Europea per la Lotta al Terrorismo» del Consiglio del 25 marzo 2004: in essa si intende la radicalizzazione in chiave violenta come fenomeno attraverso cui coloro che assumono determinate ideologie, opinioni e idee possono dirigersi alla commissione di atti terroristici.

I numerosi atti adottati nel tempo⁽¹⁶⁾ trovano uno snodo centrale nell'intervenuta creazione, nel 2011, della Rete per la Sensibilizzazione in materia di Radicalizzazione — *Radicalisation Awareness Network (RAN)* —⁽¹⁷⁾, deputata a facilitare lo scambio di idee e *know-how* tra operatori che lavorano sul territorio dell'Ue nei settori della prevenzione e della repressione degli estremismi violenti: a prescindere dal fatto che si tratti di soggetti istituzionali o civili, di settori pubblici o privati, la Commissione si incarica poi di ridistribuire i risultati ai vari Stati membri della Ue. Proprio uno dei frutti più significativi dei due anni di lavoro svolti dalla RAN è rappresentato dalla Comunicazione della Commissione Europea sul tema,

⁽¹⁴⁾ CONSIGLIO EUROPEO, *Strategia Antiterrorismo dell'Unione Europea*, n. doc. 14469/4/05 REV 4, Bruxelles 30.11.2005, in <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?f=ST+14469+2005+REV+4&l=it>.

⁽¹⁵⁾ CONSIGLIO EUROPEO, *The European Union Strategy for Combating Radicalization and Recruitment to Terrorism*, n. prev. Doc. 14347/05 GAI 414, Brussels 24.11.2005, in <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2014781%2002005%20REV%201>. La strategia europea in esame, prevista in differenti fonti, ha trovato un suo ultimo referente di sintesi nella Direttiva 2017/541/UE.

⁽¹⁶⁾ Tra essi si può far cenno ai più recenti: la Comunicazione della Commissione Europea, Bruxelles, 24.1.2018 COM(2018) 46 final, in <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2018:0046:FIN:IT:PDF>; una Risoluzione del Parlamento europeo, facilmente accessibile a questo indirizzo: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0410+0+D OC+XML+V0//IT>; e inoltre le Conclusioni del Consiglio adottate nella 3697a sessione tenutasi il 6 giugno 2019, 9727/2019, disponibili in questo sito: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9727-2019-INIT/it/pdf>.

⁽¹⁷⁾ La RAN è stata creata con la Comunicazione della Commissione del 22 novembre 2010 dal titolo «*La strategia di sicurezza interna dell'UE in azione: cinque tappe verso un'Europa più sicura*» (COM (2010)0673).

presentata il 15 gennaio 2014, “*Prevenire la radicalizzazione che porta al terrorismo e all’estremismo violento: rafforzare la risposta dell’UE*”⁽¹⁸⁾, nella quale per la prima volta si aspira ad affrontare la radicalizzazione in tutte le sue manifestazioni, ancorché nello sviluppo dell’atto si prenda in considerazione la sola radicalizzazione islamista e si distinguano dieci settori di intervento sui corrispondono le misure preventive per l’inibizione di comportamenti espressione di radicalizzazione ed estremismo e suscettibili di sfociare in estremismo violento e terrorismo.

2.1. *La necessaria distinzione tra “radicalizzato” e “terrorista.”*

Il termine “radicalizzazione” si pone in relazione con altri concetti, tra cui quello di “terrorismo”. La loro lettura generalmente congiunta o sovrapposta muove da un’esigenza di *law enforcement* che caratterizza le strategie di *intelligence* delle democrazie occidentali e che spesso minimizza o elude la dimensione sociologica sottesa a tali fenomeni: si finisce così per assumere la radicalizzazione come presupposto del terrorismo senza indagarne l’essenza e senza interrogarsi sulle sue cause e i suoi rapporti con le differenti e giammai sovrapponibili manifestazioni terroristiche.

Nella letteratura psico-sociale è non a caso prevalsa la proposta teorica tesa a valutare distintamente i due concetti di terrorismo e radicalizzazione in un modello “a piramide”⁽¹⁹⁾, passando attraverso le figure del mero simpatizzante, del seguace, dell’attivista e, a cavallo tra il radicalizzato e il terrorista, l’estremista, anche violento⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Facilmente rintracciabile a questo indirizzo: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2013/IT/1-2013-941-IT-F1-1.Pdf>.

⁽¹⁹⁾ A. SPENA, “*Io ho ragione; tu sei morto!*”. *Su terrorismo e radicalizzazione*, in V. MILITELLO, A. SPENA (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Giapichelli, Torino, 2018, p. 260 e ss.; A.F. CORNING, D.J. MYERS, *Individual orientation toward engagement in social action*, in *Political Psychology*, 23, 4-2002, pp. 703-729; C. MCCAULEY, *Psychological Issues in Understanding Terrorism and the Response to Terrorism*, in C.E. STOUT (ed.), *The Psychology of Terrorism*, Greenwood publishing, Westport, Ct, 2004, pp. 3-30; C. MCCAULEY, S. MOSKALENKO, *Mechanisms of Political Radicalization: Pathways Toward Terrorism*, in *Terrorism and Political Violence*, 20, 3-2008, pp. 415-423; M.D. SILBER, A. BHATT, *Radicalization in the West. The Homegrown Threat*, New York: The New York City Police Department, 2007.

⁽²⁰⁾ Da tali soggetti vanno poi distinti il combattente straniero e, in seno a questo, il disilluso. Per il primo, le misure preventive devono fondarsi su attività di vigilanza dei suoi spostamenti internazionali. Per il secondo si impone invece l’attivazione di programmi di “fuoriuscita” dalla radicalizzazione e dall’estremismo. In quest’ottica si muove ad esempio il programma *EXIT-Deutschland*, attivato per gli estremisti pentiti di estrema destra (e poi esteso ad altre forme di estremismo violento), ai quali viene offerto appog-

In genere, il simpatizzante e il seguace non sono intenzionati a seguire una causa al punto da usare la violenza per darne attuazione. Per costoro, l'ideologia è un elemento dell'identità personale, rappresentativo dell'appartenenza ad un gruppo, cui essi prendono parte per il tramite di un sovvenzionamento economico, o attraverso la partecipazione a riunioni o ad atti sociali, o con la diffusione e la propaganda delle idee centrali.

L'attivista, invece, presenta un *quid pluris*, essendo disposto ad appoggiare una causa politica impiegando vari tipi di strumenti, sia legali che illegali, e fornendo appoggio logistico ed economico all'organizzazione di base.

Il radicalizzato, rispetto all'attivista, presenta una dimensione emozionale e cognitiva inedita, poiché è profondamente pervaso dall'ideologia, che sposa senza condizionamenti, col rischio di poter porre in essere (ma non necessariamente) condotte trascendenti in terrorismo: all'interno di tale categoria sono state osservate le fasi della pre-radicalizzazione, dell'identificazione con movimenti radicali, dell'assorbimento di dottrine estremiste e infine del diretto coinvolgimento nella realizzazione di atti violenti⁽²¹⁾, con un crescendo di compromissione e immedesimazione alla causa che può sfociare, nel caso più estremo, nella realizzazione di condotte terroristiche violente.

Partendo da tale sistema a piramide, alcuni studiosi⁽²²⁾ hanno approfondito maggiormente il gradino occupato dal radicalizzato, giungendo alla conclusione che il processo di radicalizzazione possa svilupparsi mediante differenti meccanismi e a più livelli di analisi: individuo, gruppo e massa. L'assunto di base è che per ogni livello le cause, le motivazioni e gli assunti che spingono alla radicalizzazione siano differenti. Si tratta pur sempre di uno schema generale, che evidenzia "come" può avvenire la radicalizzazione, ma che va integrato con il riferimento alle cause psico-sociali che possono portare alla radicalizzazione e che spiegano "perché" essa si verifica. Del resto non mancano i rapporti tra il primo e il secondo livello testé citato, nella misura in cui l'individuo trova in piccoli gruppi lo sbocco alla propria antagonistica attitudine rispetto alla società; e da par suo lo stesso fa il gruppo, in cui la *leadership* assume una forma decentralizzata e non

gio legale e protezione contro possibili vendette degli ex compagni, oltre a fornire al "fuoriuscito" una lettura consapevole dei possibili danni cagionati con le proprie condotte radicali. Per una lettura generale del programma, si veda il seguente indirizzo: <https://www.exit-deutschland.de/english/>.

⁽²¹⁾ C. McCauley, S. Moskalenko, *Mechanisms of Political Radicalization*, cit., p. 415-433; M.D. Silber-A. Bhatt, *Radicalization in the West*, cit.

⁽²²⁾ C. McCauley-S. Moskalenko, *op. cit.*

gerarchizzata, poiché i vari agglomerati tendono a costituire reti nelle quali si autoalimentano reciprocamente, annullando le singole aspirazioni di prevaricazione individuale⁽²³⁾.

Molteplici e fumose sono le ragioni profonde che, combinandosi tra loro, costituiscono i fattori determinanti la devianza in esame. Cause che sono diverse non solo da individuo a individuo, ma anche da un'ideologia radicale all'altra: così se per lo più, sia a livello europeo sia a livello nazionale, si suole intendere la radicalizzazione come riferita al solo jihadismo, del vero ne esistono anche altre forme (ad esempio, vi sono altri tipi di fondamentalismo religioso, di estrema destra, anarchiche, separatiste) che necessitano di analisi *ad hoc* e di strategie specifiche⁽²⁴⁾.

La letteratura internazionale⁽²⁵⁾ individua tre macro-cause: di tipo individuale, di tipo relazionale-sociale, e relativa alle condizioni economiche e politiche esistenti. Le stesse interagiscono a vari livelli e in modi differenti nella creazione del soggetto radicalizzato, il quale è tale in quanto ha assunto un punto di vista intransigente sulla realtà e sui problemi sociali, politici o culturali di essa, eventualmente vincolandosi a ideologie estremiste e fondamentaliste⁽²⁶⁾.

Il sistema a piramide evidenzia che non sempre un terrorista ha vissuto un processo di radicalizzazione, e del pari un radicalizzato non è sempre un terrorista, ove le sue condotte non trascendano il piano teorico per farsi azione. Così come la radicalizzazione può essere la premessa all'ingresso in un gruppo terroristico, ma può altresì atteggiarsi come il frutto dell'adesione ad organizzazioni di tal fatta, che amplificano, con le politiche di violenza di cui sono portatrici, le "aspirazioni radicali" *in nuce* presenti nel singolo. E non sempre la violenza politica perpetrata dagli estremisti è terrorismo: il terrorismo, infatti è l'ultimo stadio di un fenomeno di fanatismo

⁽²³⁾ M. SAGEMAN, *Leaderless Jihad: Terror Networks in the Twenty-First Century*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2008.

⁽²⁴⁾ J. COHEN VILLAVARDE, J.M. BLANCO NAVARRO, *Presente y futuro del terrorismo de extrema derecha en Europa*, in *Revista de Estudios Europeos*, n. 65 giugno-dicembre 2014, p. 41 e ss.; F. KHOSROKHAVAR, *Radicalization*, cit., p. 13.

⁽²⁵⁾ A.P. SCHMID, *Radicalization, De-radicalization, Counter-radicalization: A Conceptual Discussion and Literature Review*, International Center for Counter-Terrorism (ICCT), The Hague, 2013.

⁽²⁶⁾ Ritiene che le ideologie radicali non conducano necessariamente alla pratica della violenza O. ROY, *Al-Qaeda: a true global movement*, in *Jihad Terrorism and the Radicalisation Challenge in Europe*, Routledge, Londra, 2012, p. 8. Per un elenco esemplificativo dei fattori che possono giocare un ruolo centrale nel processo di indottrinamento e di radicalizzazione del singolo si veda M. CANNAVICCI, *Chi sono i radicali islamici in casa nostra, un profilo psicologico*, in L. VIDINO (a cura di), *L'Italia e il terrorismo in casa: che fare?*, ISPI, Milano, 2015, p. 87.

che usa una logica di attacchi sistematici, razionali, pianificati, impiegando la violenza come arma per trasformare la realtà e sovvertire la sicurezza sociale. In altri termini, la lotta contro la radicalizzazione e l'estremismo non coincide o non necessariamente collima con l'azione antiterrorismo⁽²⁷⁾.

2.2. *Prevenzione e criminalizzazione — legislative e giurisdizionali — differenziate.*

Le distinzioni in esame non sono fine a loro stesse, ma devono essere necessariamente tenute in conto dal legislatore nella predisposizione di politiche di sicurezza veramente efficaci, declinate in modo differente per far fronte alle molteplici manifestazioni della radicalizzazione jihadista. Ed è un'impostazione parimenti indispensabile per l'adozione delle misure preventive e di sicurezza penali, differenti in relazione ai diversi *status* innanzi citati. Del resto l'Unione Europea ha chiarito esplicitamente l'inidoneità dell'impiego di meccanismi di criminalizzazione rispetto alle fasi della radicalizzazione e dell'estremismo "puro", riservandoli a quella dell'estremismo violento (e ovviamente del terrorismo)⁽²⁸⁾.

Vi è il rischio che i piani strategici per la prevenzione della radicalizzazione possano confondere radicalismo e terrorismo nella prospettiva micro-individuale, presumendo che tutti i soggetti vivano un percorso articolato nelle seguenti fasi: pre-radicalizzazione → identificazione → indottrinamento → attuazione delle idee, mentre invece, nella maggior parte dei casi concreti osservati, negli individui radicalizzati l'ideologia deviata non trascende in azione⁽²⁹⁾.

La sanzione e la repressione penale sono necessarie nella prospettiva della "lotta" al terrorismo e all'estremismo violento, per realizzare la quale esse devono essere affiancate da piani strategici di sicurezza che comprendano misure *extra*-penali di prevenzione. Per radicalizzazione ed estremismo, invece, è fondamentale l'approntamento in prima battuta di politiche

⁽²⁷⁾ Lo ha chiarito altresì, in una prospettiva comparatistica, J. JORDAN, *Política de prevención de la radicalización violenta en Europa: elementos de interés para España*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-05, 2009, analizzando il Piano di Azione anti-radicalizzazione attivato in Olanda per il periodo 2007-2011.

⁽²⁸⁾ Vedasi il considerando 14 della Direttiva 2017/541/UE.

⁽²⁹⁾ La logica di fondo, allora è quella di intervenire sul processo del reclutamento jihadista, che va letto in una dimensione "a lungo termine", potendo (ma non necessariamente) il radicalizzato approdare alla condotta terroristicamente orientata solo dopo un certo lasso di tempo: cfr. C. GALZERANO, *Radicalizzazione e passaggio all'azione. Quando lo Stato non lotta da solo*, in *Deradicalizzazione. Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, Argos, Roma, giugno 2018, p. 39.

pubbliche preventive che sottendano un sistema di valutazione delle misure, affrontando le cause, mitigando i fattori che le determinano e adottando una serie di misure di controllo e preventive, con l'ausilio di professionisti esperti: solo attraverso di esso si possono infatti determinare gli obiettivi e costruire cicli di gestione dei rischi che recepiscano tutte le informazioni necessarie per una continua attualizzazione strategica.

I piani di gestione del rischio di radicalizzazione, adottati a livello europeo e all'interno dei singoli Stati (o tra di essi), paiono condividere alcuni punti centrali: anzitutto, l'analisi preliminare delle idee estremiste che solitamente "legittimano" le condotte di terrorismo e che risultano condivise da numerosi gruppi terroristici; in secondo luogo, l'intervento di contenimento e soppressione del processo di radicalizzazione negli individui. Quanto detto allo scopo di realizzare due obiettivi connessi: in una prospettiva ad ampio raggio, evitare la proliferazione e la captazione di certe ideologie e di certi gruppi terroristici fuori dall'ordine democratico costituito; in un'ottica individualizzata, impedire la commissione di futuri atti illeciti da parte di chi non li abbia ancora posti in essere, ma abbia aderito ad un'ideologia portatrice di contro-valori rispetto a quelli democraticamente condivisi, e la diffusione che costui possa fare di tali idee, dando vita ad un circolo vizioso di radicalizzazione, atteggiamento aggressivo e risposte violente. Tanto purché non siano utilizzate per sottomettere o controllare la dissidenza o l'ideologia "pura", non eccedente i confini dell'offensività in concreto.

Le misure vanno poi differenziate a seconda del tipo di soggetto coinvolto: rispetto ai gruppi di soggetti radicalizzati, problemi maggiori di individuazione di elementi di sospetto della condotta radicalizzante si pongono per il singolo, cittadino italiano, normalmente (apparentemente) inserito nel contesto sociale. Sicché le misure devono partire "dal basso", educando la società (all'interno delle scuole, nei centri di incontro, nelle carceri)⁽³⁰⁾ all'individuazione di indizi di pericolosità radicalizzante.

3. Programmi e percorsi di "de-radicalizzazione"

Pare utile, in questa materia, compiere un'analisi prevalentemente empirica, per verificare la sussistenza di meccanismi idonei a conciliare le sovraesposte esigenze antitetiche, o per elaborare, partendo da dati concreti, soluzioni in grado di realizzare tale fine.

⁽³⁰⁾ Si veda sul punto L. VIDINO, S. CARENZI, *Madrassa jihadiste in Italia: i precedenti*, ISPI, Milano, 27 marzo 2018.

Di radicalizzazione si è iniziato a discutere in Italia solo nell'inoltrato duemila, quando si iniziò a dare atto di «*una nuova generazione di estremisti islamici, non inseriti in alcuna organizzazione strutturata, per lo più non evidenziatisi in precedenza, i quali hanno intrapreso un percorso di avvicinamento al credo jihadista, sino ad abbracciare l'attivismo militante*»⁽³¹⁾. Nessun problema di radicalizzazione si è infatti posto in Italia fino al caso di Mohammed Game, cittadino libico imputato per l'attentato terroristico fallito a Milano nel 2009, che pur ritenuto soggetto estraneo a organizzazioni strutturate, era stato valutato come pericoloso per la sua adesione allo jihadismo sviluppatasi in Italia⁽³²⁾. La ragione va ascritta, secondo alcuni studiosi, al ritardo con cui tale paese ha vissuto il fenomeno migratorio rispetto ad altri Stati dell'Europa centrale⁽³³⁾. La necessità di far fronte ad un fenomeno che già altri paesi avevano imparato a conoscere in misura senz'altro maggiore, pertanto, ha imposto l'attivazione di strumenti tesi a prevenire e contrastare, e poi gestire ed affrontare, casi di soggetti radicalizzati. In realtà la tendenza alla risocializzazione è prevalentemente sposata o tenuta in conto per i soli italiani radicalizzati, apparendo del tutto inutile e dispendiosa l'attivazione di percorsi di distacco dalle ideologie jihadiste per quanti possano essere più efficacemente allontanati dal Paese per esigenze di sicurezza pubblica, specie ove il processo penale nel caso concreto sia fallibile⁽³⁴⁾.

Si è pertanto assistito alla stipula di una serie di accordi che vedono il coinvolgimento di organizzazioni statali, organismi indipendenti e profes-

⁽³¹⁾ *Relazione sulla politica dell'informazione per la sicurezza*, Servizi di Intelligence, 2009, p. 19, richiamata da L. VIDINO, *Il jihadismo autoctono in Italia: nascita, sviluppo e dinamiche di radicalizzazione*, ISPI, Milano, 2014, p. 49.

⁽³²⁾ Trib. Milano, 10/1583, 4 ottobre 2010, Mohamed Game e Hady Abdelaziz Mahmoud Abdel Kol. Per un'analisi socio-giuridica del caso, cfr. F. BORDONARO, *The October 2009. Terrorist Attack in Italy and its Wider Implications*, in *CTC Sentinel*, Vol. 2, 10-ottobre 2009.

⁽³³⁾ L. VIDINO, *Il jihadismo autoctono in Italia*, p. 2 e ss.

⁽³⁴⁾ Non bisogna infatti sottacere che il ricorso al meccanismo delle espulsioni è quello preferito a ogni altro mezzo di prevenzione positiva nei confronti di radicalizzati non cittadini italiani e immigrati: si veda S. DAMBRUOSO, *Jihad. La risposta italiana al terrorismo: le sanzioni e le inchieste giudiziarie*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2018, pp. 161-167. Sull'(in)efficacia securitaria del meccanismo delle espulsioni, si richiama un interessante e recente studio, condotto dall'Università della California Davis (A.L. HINES, G. PERI, *Immigrants' Deportations, Local Crime and Police Effectiveness*, IZA - Institute of Labor Economics, giugno 2019, DP No. 12413, disponibile al seguente indirizzo: <http://ftp.iza.org/dp12413.pdf>), che analizza l'impatto delle espulsioni dei migranti negli Stati Uniti d'America su prevenzione del crimine locale ed efficienza delle forze di polizia, arrivando ad escludere qualsiasi relazione tra espulsioni e criminalità.

sionisti privati chiamati a impiegare congiuntamente le proprie *expertises* in materia per la creazione di programmi specifici di diversa portata. I programmi di de-radicalizzazione non guardano solo alla prevenzione e al contrasto del fenomeno terroristico ma puntano più in particolare alla rieducazione e al recupero del reo.

È possibile distinguere tra progetti transnazionali (o europei) e progetti interni. Esistono poi, trasversalmente, programmi di prevenzione di fenomeni di radicalizzazione e programmi di de-radicalizzazione, a seconda che mirino ad intervenire in via generalizzata per impedire rischi futuri, o in via specifica nei confronti di destinatari determinati già estremizzati. Oltre ai macro-progetti pensati come strumenti transnazionali di formazione e scambio di *know how* ed *expertises* tra professionisti del settore giuridico-penitenziario e degli altri ambiti che siano potenziali focolai di fenomeni di radicalizzazione⁽³⁵⁾, esistono percorsi specifici che puntano ad un recupero individuale, anche al di fuori dell'ambiente carcerario, ed in specie disposti in esito all'accertamento della pericolosità nel processo di prevenzione.

3.1. *I percorsi individuali di de-radicalizzazione.*

I congegni su cui concentrare l'attenzione sono di questo secondo tipo e sono solitamente intesi come percorsi di "de-radicalizzazione": fanno capo ad un modello di applicazione condivisa del diritto penale, che sfugge alla logica verticistica del diritto e che introduce criteri di legittimazione extra-giuridici. Sono strumenti rientranti nella prevenzione c.d. positiva, in quanto volti a concretizzare, partendo da un'accertata pericolosità terroristica già *praeter delictum*, la funzione risocializzante e rieducatrice tipica della sanzione penale, attraverso il ricorso a soggetti esterni alla magistratura, deputati ad integrare la prescrizione normativa disposta per via giudi-

⁽³⁵⁾ In questa sede non si esamineranno i suddetti progetti, che sono per lo più a co-finanziamento europeo e sono presentati da numerosi Enti pubblici o privati al fine di creare una rete di comunicazioni e di cooperazione più ampia possibile tra tutti gli attori del sistema della prevenzione del terrorismo e della radicalizzazione (specie in relazione ai fenomeni che si verificano all'interno delle carceri). Sarà sufficiente citare, tra i più significativi, alcuni dei quali già conclusi, i seguenti: *DeRaD Project* (v. <https://www.agenformedia.com/international-projects/derad>), finanziato dalla Commissione Europea; *TRAINING* (v. <http://www.trainingbermes.eu/>) il quale, insieme al precedente, ha portato alla creazione della piattaforma *Hermes* che fornisce accesso a corsi di formazione per personale specializzato in materia di *counter-radicalization*; *RASMORAD P&P* (v. <http://www.rasmorad.org/>); *TRIVALENT* (v. <https://trivalent-project.eu/>); e infine *FAIR* (v. <http://fair-project.eu/en/>), *PROTON* (v. <https://www.projectproton.eu/>), *MINDb4ACT* (v. <https://mindb4act.eu/>), *J-SAFE* (v. <https://jsafeproject.eu/>).

ziale con la predisposizione e gestione di specifici programmi di de-radicalizzazione islamista personalizzati: gli stessi sono ora impostati in chiave di recupero religioso, attraverso la concreta esecuzione del programma ad opera di comunità islamiche ed imam; ora volti a riavvicinare il soggetto deviato ai valori di una convivenza sociale democratica, sul solco del concetto di laicità. In tale secondo caso la scelta ricade sui mediatori culturali professionisti e sulle Università, come attori laici conoscitori delle cause e degli effetti della radicalizzazione, che si collocano nella prospettiva dello Stato di diritto. Diversi sono i modi attraverso cui tale effetto può essere concretamente raggiunto, sebbene proprio l'attivazione di tale *iter* in fase "para-giurisdizionale", e proprio in correlazione a specifiche misure di prevenzione, sembra soluzione ideale e legittima per realizzare quell'aspirazione di conformità del sistema della prevenzione alle garanzie fondamentali riconosciute ai destinatari di una misura preventiva c.d. negativa.

Una delle primissime e innovative applicazioni in Italia di un modello di de-radicalizzazione islamista personalizzato del secondo tipo, si è avuta ad opera del Tribunale di Bari nei confronti di un cittadino italiano⁽³⁶⁾, a seguito dell'emersione, in esito alle indagini condotte nei suoi confronti per i reati di cui agli artt. 414 co. 4 c.p. e 4 L. n. 146/2006, "*di un progressivo processo di radicalizzazione, tuttora in atto, che appare sintomatico del rischio di compimento di attentati sul territorio nazionale ovvero di condotte di arruolamento con finalità di terrorismo*".

A seguito dell'applicazione provvisoria della misura dell'obbligo di soggiorno disposta con decreto presidenziale, in accoglimento della proposta avanzata della Procura⁽³⁷⁾, il Giudice della prevenzione rilevava nelle condotte del proposto indizi di pericolosità sociale: essi erano desunti dal possesso e dalla divulgazione di materiale terroristico riconducibile all'ISIS attraverso il profilo personale *Facebook*, dal quale emergeva un'attività frequente di esaltazione della *Shari'a*; e dal dialogo "virtuale" intercorrente con soggetti di incontrovertibile propensione all'odio. Il Giudice della prevenzione si risolveva, pertanto, nel disporre a carico del proposto la misura della sorveglianza speciale di P.S. e l'obbligo di soggiorno (art. 6 co. 1 e 3) in aggiunta ad ulteriori prescrizioni (art. 8) e, tra quelle facoltative "*nell'ottica del recupero sociale del proposto*", predisponendo l'avvio del soggetto ad un percorso di recupero per fini di de-radicalizzazione, individuando la Procura di Bari, la Digos e il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Univer-

⁽³⁶⁾ Trib. Bari, sez. III pen. in funzione di Tribunale delle Misure di Prevenzione, D. 71/2017, 3 aprile 2017, confermato in appello (decr. 85/2017).

⁽³⁷⁾ Trib. Bari, sez. III pen. in funzione di Tribunale delle Misure di Prevenzione, n. 46/2017 Reg. Gen. M.P., 21 marzo 2017.

sità di Bari “Aldo Moro”, quali organi competenti per l’ideazione e la gestione del programma di trattamento.

Pare anzitutto significativo un dato: il soggetto deputato a redigere le linee guida e ad organizzare e presiedere allo svolgimento del programma di trattamento (l’Università di Bari) non è religiosamente o ideologicamente orientato, ma “libero” e indipendente⁽³⁸⁾. Si osserva il tentativo di intervenire de-radicalizzando in chiave “laica”⁽³⁹⁾, sicché la scelta di soggetti conoscitori delle cause e degli effetti dell’adesione, che si collocano nella prospettiva dello Stato di diritto e che prescindono da appartenenze religiosamente orientate è senza dubbio una soluzione ottimale sul piano delle garanzie da assicurare al proposto. E tanto al fine di concretizzare la prospettiva del multiculturalismo come logica di un ordinamento che non nega le differenze e non le sopprime, ma le compone sotto l’egida dei principi democratici propri dell’ordinamento costituzionale.

Altro profilo degno di puntualizzazione è quello del rapporto tra l’ideologia islamista sposata dal proposto ed il trattamento “rieducativo” predisposto. La misura, formalmente atipica, risulta sostanzialmente ricca di contenuto, poiché il Giudice si preoccupa di indicare in modo preciso il soggetto competente a predisporre il programma (l’Università di Bari) e l’organo chiamato a presiedere allo svolgimento del percorso (la Procura di Bari); e risulta altresì sostanzialmente legittima, in quanto informata ad una prospettiva di secolarismo, sulla quale si costruiscono le direttrici di risocializzazione del proposto, di cui è tutelato in misura assoluta il proprio diritto all’autodeterminazione in materia religiosa. Punta cioè ad una de-radicalizzazione che non vale come rieducazione religioso-ideologica o come “de-programmazione”.

Concepito come un modo per avvicinare il proposto ai valori della convivenza civile, il programma è diretto infatti alla realizzazione degli

⁽³⁸⁾ Si veda, per i più puntuali riferimenti al programma, provenienti dagli stessi esperti dei quali si discute, L.S. MARTUCCI, G. DE STAVOLA, *Deradicalizzazione e prevenzione del terrorismo religiosamente motivato. Un programma di contronarrativa costituzionalmente orientato* (Trib. Bari, decr. 71/17), in *Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, Argos, Roma, 2018, p. 65 e ss.

⁽³⁹⁾ La piena consapevolezza della scelta compiuta emerge altresì in senso comparatistico osservando come sia stato lo stesso Tribunale di Bari in un caso affine a rigettare, *a contrario*, con decreto 26/2017, la richiesta di applicazione di una misura di prevenzione comportante la prescrizione dell’avvio ad un percorso di de-radicalizzazione “spirituale” con un *imman* accreditato, come invece al contrario è stato previsto in un altro caso di percorso de-radicalizzante di un minore triestino (C. CAPARESI, L. TAMBORINI, *Una metodologia innovativa per la deradicalizzazione nel processo penale minorile. L’esperienza di Trieste*, in *Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, 1/2019, p. 163 e ss.).

obiettivi di prevenzione speciale della rieducazione e risocializzazione⁽⁴⁰⁾. Al fine di renderlo compatibile con i principali diritti di libertà con i quali potrebbe astrattamente entrare in conflitto (libertà di espressione, di legittima manifestazione del dissenso, di religione *sub specie* di propaganda *ex art.* 19 Cost.), il suddetto percorso è stato impostato in chiave garantista⁽⁴¹⁾.

La funzione di prevenzione speciale passa attraverso gli insegnamenti impartiti da esperti laici, e si sostanzia nella possibilità di consentire al soggetto di riappropriarsi dei principi propri di uno stato civile e democratico. L'idea di base è quella di fornire al destinatario della misura gli strumenti leciti per usare le sue libertà nel contesto della convivenza civile, proponendo una rimodulazione di quei valori culturali posseduti ma contrastanti con i principi fondamentali⁽⁴²⁾. Nessuna rilevanza ha quindi l'adesione del proposto ad uno specifico percorso spirituale personale, mantenendosi i mediatori all'esterno dell'area del diritto alla libertà religiosa, non mirando il programma in esame ad inculcare concetti funzionali ad una de-conversione religiosa⁽⁴³⁾.

Di interesse il peso che la Corte d'Appello di Bari, nella sentenza di rigetto della richiesta di interruzione del procedimento presentata dall'imputato⁽⁴⁴⁾, attribuisce alla relazione dell'Università sul piano degli esiti ottenuti, ritendendo indubbia l'essenzialità dell'andamento del percorso ai fini della valutazione della persistenza della pericolosità sociale. Significativo il dato espresso nel provvedimento giudiziale secondo il quale l'attuale pericolosità del soggetto non risulta legata alla sua intolleranza — che non giustifica, a sua volta, un'intolleranza dello Stato nei suoi confronti — ma al suo essere recidivo e non ancora reindirizzato, «diffusore sistematico di messaggi violenti e di discorsi d'odio»: la relazione dell'Università atteste-

⁽⁴⁰⁾ Tali obiettivi recepiscono quelli delineati nel Programma *DERAD* e nelle *Linee Guida per l'azione di intervento dei mediatori sociali nei percorsi di recupero finalizzati alla deradicalizzazione*.

⁽⁴¹⁾ L.S. MARTUCCI, G. DE STAVOLA, *Deradicalizzazione e prevenzione del terrorismo religiosamente motivato*, cit., p. 64 e ss.

⁽⁴²⁾ In ogni caso, non si tratta di valori di matrice islamista, ma di un nuovo substrato culturale, che strumentalizza la religione al solo scopo di perseguire gli obiettivi dei gruppi terroristici: cfr. N. COLAIANNI, *Diritti, identità, culture (tra alti e bassi giurisprudenziali)*, in *Quest. Giust.* (v. http://questionegiustizia.it/articolo/diritti-identita-culture-tra-alti-e-bassi-giurisprudenziali_24-09-2018.php) \t "7O Y0FU17CwsMRwo3zqPY3Ba), 2018.

⁽⁴³⁾ L.S. MARTUCCI, *Laicità e diritti nei programmi di deradicalizzazione dal terrorismo religioso*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2018, p. 9.

⁽⁴⁴⁾ Corte d'Appello Bari, IV sez. pen., 19 febbraio 2019 n. 4.

rebbe infatti una fede labile, superficiale, non fondata sullo studio del Corano ma acquisita tramite la rete internet, che lo rende, se non possibile esecutore di atti di terrorismo, quantomeno pericoloso veicolatore di messaggi eversivi. E significativamente la Corte afferma che proprio il confronto con professionisti estranei alla magistratura e col mondo esterno siano i modi più utili per verificare l'eventuale permanenza della pericolosità del proposto.

La problematica, atavica e ancora oggetto di dibattito, del peso della cultura nel mondo del diritto penale⁽⁴⁵⁾, in questa sede si innesta sulla legittimazione della magistratura e di organi statali ad imporre un percorso di de-radicalizzazione come estirpamento di valori ritenuti “negativi” e il radicamento nel soggetto di valori “positivi”: nella difficoltà di stabilire quale sia il parametro per la scelta negativo/positivo, nel caso del recupero sociale degli individui radicalizzati, potrebbe essere preferibile non tentare la strada dell'appianamento del contrasto tra valori propri di diverse “culture”, ma piuttosto dell'ancoramento della legittimità dell'intervento de-radicalizzante ai valori costituzionali, come valori che prescindono da appartenenze sociali e che puntano alla creazione di una società non indifferente ma democraticamente tollerante e includente⁽⁴⁶⁾. Qui i valori vengono pertanto del tutto sganciati da una logica culturale di tipo identitario e legati invece ad una esigenza di costituzionalizzazione della realtà⁽⁴⁷⁾, proprio attraverso una impostazione rieducativa laica.

Si deve dare atto, invero, della possibilità di riscontrare anche percorsi di de-radicalizzazione “religiosamente orientati”. Tale è ad esempio l'ulteriore programma specifico di cui si ha conoscenza, attivato nel 2018 a Trieste nei confronti di un minore algerino, gestore di due *chat* chiuse e di alcuni canali *Telegram* attraverso i quali svolgeva attività di propaganda dell'ISIS, garantendo la traduzione dei messaggi dall'arabo all'italiano e svolgendo attività di proselitismo finalizzate al compimento di atti di vio-

⁽⁴⁵⁾ Per un'analisi completa sulla rilevanza del fattore culturale nel diritto penale si veda F. PARISI, *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010.

⁽⁴⁶⁾ Si parla in tal caso di “*contronarrativa*”, funzionale ad aiutare il soggetto a vivere con il proprio credo religioso all'interno di schemi sociali (fondati su specifici indiscutibili valori come l'uguaglianza, la giustizia o l'equità) che sono validi per tutti e sono pensati non per comprimere ma per valorizzare le differenze di ciascuno, nel rispetto degli altri (sul punto, bene L.S. MARTUCCI, *Laicità e diritti nei programmi di deradicalizzazione dal terrorismo religioso*, cit., pp. 11-14).

⁽⁴⁷⁾ Lo ammette del resto la stessa Corte Costituzionale (Corte Cost., 18 ottobre 1995, n. 440) la quale, auspicando una convivenza nella società di “*fedi, culture e tradizioni diverse*” richiede implicitamente che si individui uno strumento che si erga oltre i diritti in contesa, come valore *super partes*.

lenza. Le sue condotte, ritenute pericolose in concreto per non essersi esaurite nella sola rete⁽⁴⁸⁾, avevano portato la Procura di Trieste ad individuare un soggetto non laico come guida del percorso di de-radicalizzazione a suo carico. L'affidamento ad un *imam* per apprendere la vera essenza dell'Islam, se da un lato, sul versante spirituale, ha il pregio di diffondere ed educare ad una visione corretta della religione islamica, dall'altro lato porta seco lo svantaggio di confondere il piano religioso con quello laico statutale, trasmettendo l'idea che la de-radicalizzazione passi da un'educazione ad una fede "di un certo tipo" più che da una formazione alla socialità, o che l'una sia un mezzo necessario, in casi di jihadismo radicale, per arrivare all'altra. Una scelta che, alla luce di quanto argomentato finora, risulta in questa sede poco convincente.

4. Conclusioni.

Se la necessità di programmi di de-radicalizzazione appare indubbia, certamente parimenti indubbio è il pericolo che taluni di essi finiscano per comprimere libertà e diritti individuali (specie di manifestazione del pensiero o di religione). La peculiarità dei percorsi di de-radicalizzazione risiede infatti nella loro individualizzazione, puntando gli stessi a cambiare le attitudini individuali rispetto a convinzioni politiche o ideologiche estreme, attraverso narrazioni provenienti da terzi.

Il criterio che consente di comprendere l'utilità di tali programmi e di evitare che essi indebitamente si ingeriscano in sfere personali inviolabili, è quello dell'individuazione di «*quale attitudine il programma intenda cambiare*»⁽⁴⁹⁾. Se cioè si intenda esclusivamente sganciare i soggetti dall'estremizzazione alla violenza o se si intenda depurare l'ideologia sposata delle componenti deviate che non le sono proprie. Se certamente, come si è osservato «*(h)elping ideologically radicalized persons to 'disengage' (i.e. returning to a legal way of life) without addressing their radical ideology could mean helping potentially dangerous individuals to be more effective in cover-*

⁽⁴⁸⁾ Trattano del caso numerose testate giornalistiche, che forniscono ulteriori dettagli fattuali: tra le altre, *Repubblica.it* (v. https://www.repubblica.it/cronaca/2018/04/07/news/terrorismo_minorenne_faceva_propaganda_a_favore_dell_isis_ora_fa_percorso_di_deradicalizzazione-193201834/); *Repubblica.it2* (v. https://www.repubblica.it/cronaca/2018/04/07/news/terrorismo_minorenne_faceva_propaganda_a_favore_dell_isis_ora_fa_percorso_di_deradicalizzazione-193201834/tipi.it/news/terrorismo-minorenne-italiano-isis-trieste-20180408105698/).

⁽⁴⁹⁾ D. KOEHLER, *Understanding Deradicalization. Methods, tools and programs for countering violent extremism*, London-New York, Routledge, 2017, p. 204.

tly undermining the society they want to destroy or to continue supporting (even more effective because they are trained not to act illegally) their radical group, milieus, and the ideological cause»⁽⁵⁰⁾, d'altro canto puntare solo sul versante ideologico rischia di produrre indebite ingerenze su sfere personali coperte dal manto dei diritti.

La soluzione allora sta forse a metà: la scelta adottata dalla Procura e dall'Università di Bari, pertanto, coglie nel segno ove punta ad una risocializzazione del proposto con il tessuto democratico, senza mirare ad una de-ideologizzazione. E la ragione risiede forse nel tipo di soggetto trattato, che pare (almeno alla luce della narrazione che di esso emerge dalle carte processuali) solo contingentemente interessato all'Islam per scopi egoistici, tanto da riuscire ad affermare subito in modo netto innanzi agli inquirenti una propria volontà riabilitativa rispetto a comportamenti da lui compresi nella loro indebita estremizzazione.

Ma certamente la valorizzazione del recupero ideologico in altri casi, in aggiunta e mai in sostituzione alla de-radicalizzazione come “*disengagement*”, può essere utile strumento ove si ritenga che esso sia l'unico possibile per sganciare il proposto dai propositi di violenza perseguiti. È qui che lo stato di diritto viene messo in crisi e per tale ragione la competenza statale si fa piena e netta, sì da giustificare un'incisiva azione preventiva al debordare di un credo religioso in azione violenta.

Sicché il ricorso in sede “para-giurisdizionale” a meccanismi extra-processuali laici di alleggerimento delle asperità, soprattutto garantistiche, del sistema delle misure di prevenzione incontra meglio il consenso e l'adesione dei destinatari rispetto all'applicazione di una pena o di un suo equivalente. Consente al diritto penale di svolgere il ruolo di strumento di rieducazione e riconduzione alla realtà dei radicalizzati non ancora terroristi, sfruttando catene di cooperazioni extra-giurisdizionali per raggiungere obiettivi pur sempre immanenti alla normazione ma sfruttando le *expertises* di soggetti privati, con un approccio che non è solo giuridico ma anche strategico, informatico, psicologico e mediatico.

Bibliografia

- BERTELSEN P., *Danish Preventive Measures and Deradicalization Strategies: The Aarhus Model*, in *Panorama: Insights into Asian and European Affairs*, 1/2015, Konrad Adenauer Stiftung.
- BORDONARO F., *The October 2009. Terrorist Attack in Italy and its Wider Implications*, in *CTC Sentinel*, Vol. 2, 10-ottobre 2009.

⁽⁵⁰⁾ D. KOEHLER, *op. cit.*

- BORUM R., *Radicalization into Violent Extremism I. A Review of Social Science Theory*, in *Journal of Strategic Security*, 4, n. 4, 2012.
- CANNAVICCI M., *Chi sono i radicali islamici in casa nostra, un profilo psicologico*, in VIDINO L. (a cura di), *L'Italia e il terrorismo in casa: che fare?*, ISPI, Milano, 2015.
- CAPARESI C., TAMBORINI L., *Una metodologia innovativa per la deradicalizzazione nel processo penale minorile. L'esperienza di Trieste*, in *Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, Argos, Roma, 1/2019, p. 163 e ss.
- CESARIO M., *La San Patrignano dei jihadisti, viaggio nel centro che deradicalizza i giovani musulmani*, in linkiesta.it, 4 agosto 2016.
- COHEN VILLAVARDE J., BLANCO NAVARRO J.M., *Presente y futuro del terrorismo de extrema derecha en Europa*, in *Revista de Estudios Europeos*, n. 65 giugno-dicembre 2014, p. 41 e ss.
- COLAIANNI N., *Diritti, identità, culture (tra alti e bassi giurisprudenziali)*, in *Quest.-Giust.*, 2018.
- CORNING A.F., MYERS D.J., *Individual orientation toward engagement in social action*, in *Political Psychology*, 23, 4-2002.
- DAMBRUOSO S., *Jihad. La risposta italiana al terrorismo: le sanzioni e le inchieste giudiziarie*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2018.
- DE LA CORTE IBÁÑEZ L., *El terrorismo (yihadista) internacional a principios del siglo XXI: dimensiones y evolución de la amenaza*, in CONDE PÉREZ E., IGLESIAS SÁNCHEZ S., *Terrorismo y legalidad interacional*, Dykinson, Madrid, 2012.
- EBOLI V., *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2010.
- FILLION S., *What we can learn from France's failed deradicalization center*, in la-stampa.it, 2 settembre 2017.
- GALZERANO C., *Radicalizzazione e passaggio all'azione. Quando lo Stato non lotta da solo*, in *Deradicalizzazione. Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, Argos, Roma, giugno 2018, p. 39 e ss.
- HINES A.L., PERI G., *Immigrants' Deportations, Local Crime and Police Effectiveness*, IZA-Institute of Labor Economics, giugno 2019, DP No. 12413.
- JORDAN J., *Política de prevención de la radicalización violenta en Europa: elementos de interés para España*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 11-05, 2009.
- KHOSROKHAVAR F., *Radicalization. Why some people choose the path of violence*, The New Press, New York, 2015.
- KOEHLER D., *Understanding Deradicalization. Methods, tools and programs for countering violent extremism*, London-New York, Routledge, 2017.
- MARTUCCI L.S., *Laicità e diritti nei programmi di deradicalizzazione dal terrorismo religioso*, in Dirittifondamentali.it, 2/2018.
- MARTUCCI L.S., DE STAVOLA G., *Deradicalizzazione e prevenzione del terrorismo religiosamente motivato. Un programma di contronarrativa costituzionalmente orientato (Trib. Bari, decr. 71/17)*, in *Gnosis. Rivista italiana di intelligence*, Argos, Roma, 2018, p. 65 e ss.
- MCCAULEY C., *Psychological Issues in Understanding Terrorism and the Response to Terrorism*, in STOUT C.E. (ed.), *The Psychology of Terrorism*, Greenwood publishing, Westport, Ct, 2004.
- MCCAULEY C., MOSKALENKO S., *Mechanisms of Political Radicalization: Pathways Toward Terrorism*, in *Terrorism and Political Violence*, 20, 3-2008.

- MELLÓN J.A., *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización*, Tirant lo Blanch, 3/2015.
- NEGRI A., *Sikh condannato per porto del kirpan: una discutibile sentenza della Cassazione su immigrazione e “valori del mondo occidentale”*, in *Dir. pen. cont.*, 7/8-2017.
- NUVOLONE P., *Misure di prevenzione e misure di sicurezza* (voce), in *Enc. dir.*, XXVI, 1976.
- NUVOLONE P., *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali della libertà del cittadino*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Cedam, Padova, 1969.
- PACCHIARINI G., *Foreign Fighters-Francia, UK e Danimarca avviano programmi di deradicalizzazione*, in *vulcanostatale.it*, 25 febbraio 2015.
- PARISI F., *Cultura dell'«altro» e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2010.
- PÉREZ CEPEDA A.I., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Tirant lo Blanch, 11/2017.
- ROY O., *Al-Qaeda: a true global movement*, in *Jihad Terrorism and the Radicalisation Challenge in Europe*, Routledge, Londra, 2012, p. 8.
- SAGEMAN M., *Leaderless Jihad: Terror Networks in the Twenty-First Century*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2008.
- SCHMID A.P., *Radicalization, De-radicalization, Counter-radicalization: A Conceptual Discussion and Literature Review*, International Center for Counter-Terrorism (ICCT), The Hague, 2013.
- SILBER M.D., BHATT A., *Radicalization in the West. The Homegrown Threat*, New York: The New York City Police Department, 2007.
- SPENA A., *“Io ho ragione; tu sei morto!”*. *Su terrorismo e radicalizzazione*, in MILITELLO V., SPENA A. (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 260 e ss.
- STANIFORTH A., *Preventing Terrorism and Violent Extremism*, Oxford University Press, 2014.
- VIDINO L., *Il jihadismo autoctono in Italia: nascita, sviluppo e dinamiche di radicalizzazione*, ISPI, Milano, 2014.
- VIDINO L., CARENZI S., *Madrasse jihadiste in Italia: i precedenti*, ISPI, Milano, 27 marzo 2018.

GIUSEPPE DI VETTA

**DIRITTO PENALE E *POST-REGULATORY STATE*.
TUTELA DI FUNZIONI E REGOLAZIONE PENALE PERIFERICA**

SOMMARIO: 1. Globalizzazione e riposizionamento strategico dell'attore statale nelle dinamiche della regolazione. Prospettive della ricerca. — 2. Il contesto della regolazione penale riflessiva: decentramento e New Governance. — 3. Il modello della regolazione penale periferica. — 4. La funzione dell'illecito contravvenzionale nelle dinamiche della regolazione riflessiva. — 5. La revisione dei «metodi della tutela» come premessa per comprendere la funzione di regolazione («governamentale») del diritto penale.

1. Globalizzazione e riposizionamento strategico dell'attore statale nelle dinamiche della regolazione. Prospettive della ricerca.

Quando si discutono le implicazioni dei processi di globalizzazione⁽¹⁾ per il diritto e, in modo particolare, per il diritto penale, c'è uno spettro teorico con cui confrontarsi: quello della crisi, della «ritirata» o addirittura della «fine dello stato»⁽²⁾. Secondo queste narrazioni, tra le «vittime»

(1) Per un inquadramento del processo di globalizzazione, da differenti prospettive, si considerino: G. INGHAM, *Capitalism*, Polity Press, Cambridge (UK), 2008 (trad. it. *Capitalismo*, Einaudi, Torino, 2010, pp. 218 ss.); J. OSTERHAMMEL, N.P. PETERSSON, *Geschichte der Globalisierung. Dimensionen, Prozesse, Epochen*, C.H. Beck, Munchen, 2003 (trad. it. *Storia della globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 2005); G. LAFAY, *Comprendre la Mondialisation*, Economica, Paris, 1996 (trad. it. *Capire la globalizzazione*, Il Mulino, Bologna, 1998); U. BECK, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus-Antworten auf Globalisierung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997 (trad. it. *Che cos'è la globalizzazione? Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma, 1999); S. SASSEN, *A Sociology of Globalization*, W.W. Norton & Company, 2007 (trad. it. *Una sociologia della globalizzazione*, Einaudi, Torino, 2008); A. SLAUGHTER, *A New World Order*, Princeton University Press, Princeton, 2004; *amplius*, AA.VV., *The Handbook of Globalisation*, a cura di J. MICHIE, Edward Elgar, Northampton, 2003; M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2000; S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, Roma-Bari, 2003; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005; J. AUBY, *Le globalisation, le droit et l'Etat*, LGDJ, 2020.

(2) Discute criticamente la parabola dell'«eclissi dello stato», di recente, L. CASINI, *Lo stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Mondadori, Milano, 2020, spec. pp. 13 ss.; per un'analisi anche dell'approccio storiografico che ha dominato e condizio-

della globalizzazione sarebbe da annoverare anzitutto il paradigma dello stato-nazione, con la sua costellazione di significati, concetti, categorie ordinanti e implicazioni politiche. Per il diritto penale, strutturalmente connesso alle componenti di questo paradigma (sovranità e territorio), le visioni decadenti intorno alla globalizzazione assumono — come intuibile — significati più radicali e definitivi di quanto si possa affermare con riguardo ad altri ambiti del diritto statale⁽³⁾. Qui si può solo accennare alla « crisi » della legalità in materia penale⁽⁴⁾, che si riconnette, nelle sue ragioni sostanziali profonde, alla più vasta tematica della « crisi » della *legge*⁽⁵⁾, concepita sia come modulo esclusivo di produzione giuridica nello stato di diritto liberale sia, soprattutto, come modalità prevalente di esercizio delle funzioni di controllo e direzione delle dinamiche sociali⁽⁶⁾.

In realtà, come posto in luce in letteratura, la tesi della « caduta » del modello statale è spesso l'esito di approcci semplificanti o di riduzionismi concettuali che si alimentano anche di precise impostazioni ideologiche, neomarxiste o neoliberali. Ciò che risulta molto discutibile nelle tesi della graduale detronizzazione dell'attore statale e di un'incessante tendenza alla *deregulation* e privatizzazione degli assetti di regolazione (specialmente dell'attività economica)⁽⁷⁾ è la pregiudiziale impostazione del rapporto tra glo-

nato il discorso intorno alle dinamiche evolutive dello « stato », cfr. L. BLANCO, *Le origini dello Stato moderno*, Carocci, 2020, pp. 23 ss.; è nota la lettura di E.J. HOBBSBAWN, *La fine dello stato*, Rizzoli, Milano, 2007. Di notevole interesse, anche in ragione dell'impostazione prescelta in questo testo, è l'indagine di F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, F.U.S.L., Bruxelles, 2010, 125 ss.

⁽³⁾ Ne sviluppa una rassegna critica A. SPENA, *Sovranità e legalità. Da Vestfalia al diritto penale internazionale*, in F. VIOLA (a cura di), *Lo stato costituzionale di diritto e le insidie del pluralismo*, il Mulino, Bologna, 2012, pp. 231 ss.

⁽⁴⁾ Per tutti, il volume collettaneo di G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il « sistema vivente » delle fonti penali*, ESI, Napoli, 2016, cui si rinvia per gli opportuni ulteriori riferimenti.

⁽⁵⁾ *Amplius*, D. ZOLO, *Teoria e critica dello stato di diritto*, in P. COSTA, D. ZOLO (a cura di), *Lo Stato di diritto*, Feltrinelli, Milano, 2002, pp. 58 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 43 ss.

⁽⁶⁾ Sul ruolo e la funzione del *diritto legislativo* nello sviluppo dello stato moderno (« di diritto liberale ») e nella transizione critica allo stato sociale, oltre agli Autori già richiamati, cfr. l'intensa indagine di P. BARCELONA, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Dedalo, Bari, 1998, pp. 83 ss.

⁽⁷⁾ La tesi di una « deregulation » è fortemente contestata: molti studi hanno dimostrato come, in realtà, a partire dagli anni '70, si sia piuttosto osservata una trasformazione dei modelli di regolazione dell'economia transnazionale (« regulatory revolution »), attraverso il coinvolgimento massiccio degli attori privati (corporations, associazioni industriali, organizzazioni epistemiche), la crescente rilevanza delle dinamiche di autoregolazione e l'incremento consistente dei regimi regolatori; e a tal proposito si discute infatti

balizzazione e stato e tra quest'ultimo e il «mercato globale» nei termini di una giustapposizione, di un antagonismo, il cui esito dovrebbe essere la marginalizzazione definitiva della forma statale.

La giustapposizione di queste polarità impedisce di cogliere però il concreto ruolo che lo stato svolge nella *governance* dei fenomeni che si riconnettono ai processi di mondializzazione. Lo avverte, con estrema lucidità, Peer Zumbansen, studioso che ha significativamente contribuito, anche sul piano metodologico⁽⁸⁾, alla rilettura della globalizzazione e delle sue implicazioni per il diritto. Dall'osservazione dell'esperienza operativa degli stati (legislazione, amministrazione pubblica) — già a partire dagli anni '70, stagione storica tramandata come apice della *deregulation* — si traggono evidenze dirette che suggeriscono non già un arretramento o dismissione della funzione di regolazione dello stato bensì radicali trasformazioni qualitative del modo in cui questa competenza costitutiva risulta esercitata.

Come osservato da Zumbansen, le forme in cui si esprime la sovranità interna ed esterna dello stato mutano e si relativizzano: si registra, all'origine soprattutto in ambito domestico⁽⁹⁾, l'emersione di un complesso di pratiche e schemi di controllo che si basano sul coinvolgimento, più o meno diretto, degli stessi attori sociali (della «società civile»), dapprima destinatari di assetti disciplinari prescrittivi e diretti.

dell'ascesa di un «regulatory capitalism». In tema, D. LEVI-FAUR, *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, in *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 2005, pp. 12 ss.; J. BRAITHWAITE, *Regulatory Capitalism How it Works, Ideas for Making it Work Better*, Edward Elgar, 2008, spec. 6 ss.. Sul punto, anche la posizione di M. DELMAS-MARTY, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2004, 11.

⁽⁸⁾ All'A. in effetti si deve lo sviluppo e il perfezionamento di una complessa prospettiva metodologica per la conoscenza, analisi e razionalizzazione delle forme e dinamiche, in parte inedite, in cui si sostanzia l'esperienza del «diritto» nello scenario presente: è il c.d. *transnational legal pluralism*, per cui si rinvia, in una vasta bibliografia, a P. ZUMBANSEN, *Transnational Law and Legal Pluralism: Methodological Challenges*, in *Transnational Legal Theory*, vol. 2, 2010, pp. 141 ss.; G. CALLIESS, P. ZUMBANSEN, *Rough Consensus and Running Code*, Hart Publishing, 2010, pp. 67 ss.

⁽⁹⁾ Il che è significativo: c'è infatti una sostanziale *continuità* tra alcune dinamiche di regolazione che si sviluppano, già a partire dagli anni '60, nei singoli ordinamenti statali e quelle che poi operano nello scenario transnazionale, con riferimento alla regolazione di campi di materia che hanno proiezioni globali. Sovente questa continuità di modi e forme della regolazione e, quindi, del diritto non è sufficientemente posta in evidenza: eppure, essa consente di comprendere come ciò che si definisce «regulatory revolution» (un precipitato della globalizzazione) sia in realtà, per molti versi, la sintesi di tendenze e movimenti già in corso nello stato moderno, a partire dalla seconda metà del Novecento.

L'ambito della regolamentazione dell'attività economica è paradigmatico: qui il regolatore pubblico delega le competenze di controllo, negozia i quadri di disciplina con i destinatari, fissa procedure e contesti di *self-regulation*, più in generale collabora paritariamente con la «società civile» nel governo di settori in cui la regolamentazione diretta soffre insuperabili problemi di razionalità limitata. All'emersione di queste forme di regolazione indiretta (*metaregulation*, *reflexive regulation*⁽¹⁰⁾) si associa il ridimensionamento progressivo del primato della «legge» e del monopolio statale nella produzione del diritto⁽¹¹⁾.

La mobilitazione delle risorse normative (di «autodisciplina» e «autonormazione»⁽¹²⁾) degli attori sociali, come ad es. le imprese, pone nuovamente in luce la dimensione pluralistica, fattuale⁽¹³⁾, frammentata e interattiva del diritto, oramai irriducibile a quello formale (*formal law*). In tal senso, nelle sue varie declinazioni moderne, le teorie del pluralismo giuridico descrivono⁽¹⁴⁾, nella prospettiva del diritto, i riflessi delle originali dinamiche di regolazione (indiretta, riflessiva e partecipata) che si affermano dapprima a livello interno e, poi, nello scenario transnazionale. In tale contesto, si assiste infatti ad un intricato «overlapping of “hard” and “soft” norms, which are being produced by both state and non-state actors in the regulation of these activities. The state, far from being a victim of larger globalization forces, is instead deeply involved in the production and admi-

⁽¹⁰⁾ Cfr. *infra*, par. 2.

⁽¹¹⁾ È una premessa di tutte le teorie moderne del pluralismo giuridico (e, in larga misura, anche di quelle precedenti, “antropologiche”): tra gli altri, G. TEUBNER, *The King's Many Bodies: the Self-Deconstruction of Law's Hierarchy*, in *Law & Society Review*, 1997, 763 ss.; B. TAMANAHA, *A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism*, in *Journal of Law & Society*, 2000, 296 ss.. Ne discute le implicazioni sul piano del diritto penale, nei suoi studi, M. DELMAS-MARTY, *La grande complexité juridique du monde*, in *Me'langes Gerard Timsit*, Bruylant, 2005, pp. 89 ss.; EAD., *Pour un droit commun*, Seuil, Parigi, 1994, 12 ss.

⁽¹²⁾ Con riferimento a questa componente «privata» (se è ancora possibile una simile caratterizzazione) dello scenario multinormativo, si rinvia agli studi teubneriani (cui *infra*, nel testo) e agli Autori già richiamati *retro*, alla nt. 11.

⁽¹³⁾ Su questa «fattualità» del diritto, cfr. M.G. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, cit., p. 67; e naturalmente P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Laterza, Bari, 2020, dove ulteriormente sviluppa le posizioni già espresse in ordine alla dimensione multinormativa del diritto, in alternativa al riduzionismo legalistico.

⁽¹⁴⁾ Sviluppa questa correlazione tra pluralismo giuridico e «pluralismo della regolazione» (emersione di modelli ibridi, autonormazione) C. PARKER, *The Pluralization of Regulation*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2008, 349 ss.; v. anche F. CAFAGGI, *Crisi della statualità, pluralismo e modelli di autoregolamentazione*, in *Pol. dir.*, 2001, 543 ss.

nistration of the norms that govern the global market place, even if he is by far not the sole author of governing regulations»⁽¹⁵⁾.

Saskia Sassen, nei suoi studi fondamentali sul tema⁽¹⁶⁾, contesta alla radice le tesi che intravedono nella globalizzazione un processo di «vittimizzazione» dello stato, destinato ad un inevitabile declino e propone una prospettiva critica alternativa che muove dall'esigenza di analizzare le trasformazioni di ordine qualitativo che investono il soggetto statale, immerso nello scenario globale. Si osserva, al riguardo, come «la nuova geografia del potere con cui deve fare i conti lo stato comprende pertanto un processo molto più differenziato di quello suggerito dalle nozioni di declino generale del significato dello stato. Assistiamo invece a un riposizionamento dello stato in un più vasto ambito di potere e a un rimodellamento dell'operato dello stato»⁽¹⁷⁾. Il «riposizionamento» e «rimodellamento» si esprime in più direzioni: *a*) nell'alterazione funzionale delle componenti amministrative, tecniche, giuridiche ed operative che compongono lo stato, che si proiettano nel «globale»: si tratta della c.d. «denazionalizzazione»⁽¹⁸⁾, dinamica che investe significativamente anche il diritto statale; *b*) nella partecipazione («engagement») dello stato alle dinamiche della regolazione che si sviluppano nel contesto globale e trascendono i consueti modelli del *government* nazionale e internazionale: l'attore statale accede, in varia forma, ai regimi regolatori globali (intergovernativi, quindi pubblici, ibridi o privati)⁽¹⁹⁾ e instaura con questi relazioni istitu-

⁽¹⁵⁾ In tal senso, P. ZUMBANSEN, *Neither "public" nor "private", "national" nor "international": transnational corporate governance from a legal pluralist perspective*, CLPE Research Paper, vol. 6, 5, 2010, p. 7.

⁽¹⁶⁾ Cfr. S. SASSEN, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, Princeton University Press, 2006; v. inoltre EAD., *A Sociology of Globalization*, W.W. Norton & Company, 2007 (trad. it. *Una sociologia della globalizzazione*, Einaudi, Torino 2008).

⁽¹⁷⁾ In questi termini, S. SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione*, cit., p. 33.

⁽¹⁸⁾ Così definita da S. SASSEN, *Territory, Authority, Rights. From Medieval to Global Assemblages*, cit., 186.

⁽¹⁹⁾ In tema, è sufficiente riferirci alla tradizione di studi del «Global Administrative Law»: B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, Duke University School of Law, 2005; S. CASSESE, *Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation*, in *Journal of International Law and Politics*, NYU, 2005, pp. 663 ss.; le dinamiche di interazione e partecipazione dello stato (delle sue *componenti*) non riguardano esclusivamente i regimi globali di derivazione «pubblicistica» («transnational public regulation»), ma inseriscono anche quelli di natura privata o ibrida (TPR, «transnational private regime»), per i quali si rinvia agli studi fondamentali di F. CAFAGGI, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, EUI Working Paper, 2010.

zionali e operative, che alla fine modificano le sue stesse strutture interne; c) nello sviluppo, anche all'interno, di originali modelli *ibridi* (pubblico-privato) di regolazione, quindi nella produzione di «nuovi tipi di normazione, di elementi legislativi, di sentenze di tribunali», cioè «di tutta una serie di nuove “legalità”»⁽²⁰⁾; d) nell'interazione e interferenza⁽²¹⁾ del diritto interno con un «diritto globale» («transnational law»⁽²²⁾) che si forma «accanto allo Stato»⁽²³⁾, si legittima su base epistemica o funzionale e rivendica un'applicazione che prescinde dalle forme della validità territoriale e formale degli ordinamenti giuridici nazionali (territoriali).

La dimensione che più da vicino interessa la presente indagine è quella che concerne il mutamento dei modi attraverso i quali si esercita la funzione di controllo sociale (di «regolazione»⁽²⁴⁾); questa trasformazione

(20) Cfr. S. SASSEN, *Una sociologia della globalizzazione*, cit., spec. pp. 34 e 76 ss.

(21) La dinamica interattiva e conflittuale dello scenario giuridico contemporaneo è efficacemente ripresa nell'immagine dell'«interlegalità», all'origine prospettata da B. DE SOUSA SANTOS, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, New York University Press, Londra, 1995, p. 473: «We live in a time of porous legality or legal porosity, multiple networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassing. Our legal life is constituted by an intersection of different legal orders, that is, by inter-legality». Altri studiosi ne sviluppano le potenzialità euristiche, in un programma teorico ambizioso e vasto: cfr. G. PALOMBELLA, *Theory, Realities, and Promises of Inter-Legality: A Manifesto*, in J. KLABBERS, G. PALOMBELLA (a cura di), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, pp. 363 ss. (si rinvia, peraltro, agli studi raccolti nel volume appena richiamato); ID., *Interlegalità. L'interconnessione tra ordini giuridici, il diritto e il ruolo delle corti*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2018, pp. 315 ss.. Ricorrono invece alla descrizione di un'«intergiuridicità operativa», A. FISCHER-LESCANO, G. TEUBNER, *Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 2004, 999 ss.

(22) Cfr. *retro*, nt. 11; per una ricognizione teorica della «transnational law», v. inoltre H.P. GLENN, *A Transnational Concept of Law*, in M. TUSHNET-P. CANE (a cura di), *The Oxford Handbook of Legal Studies*, OUP, Oxford, 2005, pp. 846 ss.

(23) Per la concettualizzazione del «Law Without State», per tutti, G. TEUBNER, *Regimi privati globali. Nuovo diritto spontaneo e costituzione duale nelle sfere autonome della società globale*, in ID., *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Armando Editore, Roma, 2005, spec. p. 60; cfr. anche ID., *Breaking Frames: la globalizzazione economica e l'emergere della lex mercatoria*, pp. 17 ss., nel volume poc'anzi citato; ID., «Global Bukowina»: *Legal Pluralism in the World Society*, in G. TEUBNER (a cura di), *Global Law Without a State*, Aldershot, Dartmouth Gower, 1997, pp. 3 ss.

(24) Per una discussione generale delle teorie della regolazione, in una letteratura difficilmente dominabile, si possono considerare soprattutto I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, Oxford, 1992; J. BRAITHWAITE, B. FISSE, *Self-regulation and the Costs of Corporate Crime*, in C. SHEARING, P. STENNING, *Private Policing*, Sage, Beverly Hills, 1987.; J. BRAITH-

in parte può essere considerata un portato della globalizzazione e, in parte, rappresenta una tendenza storicamente attestata già a partire dagli anni '70. Il ricorso a moduli di regolazione di tipo indiretto, che si caratterizzano per il coinvolgimento dei destinatari nel perseguimento degli obiettivi rilevanti nei differenti campi di materia, ha rappresentato — sia sul piano pratico sia su quello teorico — una reazione alla crisi del *welfare state* e alla concezione del diritto ad esso legata ⁽²⁵⁾.

In questa prospettiva, il l'arretramento dell'attore statale nelle dinamiche della regolazione è stato letto come un'implicazione necessaria di quei processi di « differenziazione funzionale e comunicativa » che connotano la società moderna, post-industriale; proprio in tal senso, gli studi di teoria dei sistemi hanno dimostrato la relatività di impostazioni che concepiscono lo stato e il sistema legale (« public regulation ») come centro e principio di unità dell'intera società, secondo modelli piramidali o gerarchici. Il ruolo dello stato è piuttosto quello di « sottosistema » tra i sottosistemi sociali (economia, tecnologia, religione) e la funzione del diritto (e della regolazione) è essenzialmente interstiziale: definire « structural or organizational couplings with other functions systems and their semantics

WAITE, *Responsive Business Regulatory Institutions*, in C. CODY, C. SAMPFORD (a cura di), *Business, Ethics and Law*, Federation Press, Sydney, 1993; J. BRAITHWAITE, *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology*, in *British Journal of Criminology*, 2000, pp. 222 ss.; J. BRAITHWAITE, P. DRAHOS, *Global Business Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2000; P. DRAHOS (a cura di), *Regulatory Theory. Foundations and Applications*, Australian National University Press, Sydney, 2017; C. PARKER, *Reinventing Regulation within the Corporation: Compliance Oriented Regulatory Innovation*, in *Administration & Society*, 2000, pp. 529 ss.; B. JESSOP, *Governance and Meta-Governance: On Reflexivity, Requisite Variety and Requisite Irony*, in H. BANG (a cura di), *Governance, Governmentality and Democracy*, Manchester University Press, Manchester, 2003; cfr. anche i saggi in C. PARKER, C. SCOTT, N. LACEY, J. BRAITHWAITE, *Regulating Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004 e in B. MORGAN, K. YEUNG, *An Introduction to Law and Regulation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

⁽²⁵⁾ Rilegge sul piano teoretico lo sviluppo della « reflexive law » (cfr. *infra*) in reazione alla « materializzazione » del diritto, propria del *welfare state*, P. ZUMBANSEN, *Law After the Welfare State: Formalism, Functionalism and the Ironic Turn of Reflexive Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 56, 2008; nella prospettiva della *regulation theory*, si veda C. SCOTT, *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, in J. JORDANA, D. LEVI FAUR (a cura di), *The Politics of Regulation*, EEP, 2004, pp. 112 ss.. In tema, inoltre, G. TEUBNER, *The Transformation of Law in the Welfare State*, in G. TEUBNER (a cura di), *Dilemmas of the Law in the Welfare State*, De Gruyter, Berlino, 1986, pp. 10 ss.; e il fondamentale studio di P. NONET, P. SELZNICK, *Law & Society in Transition. Toward Responsive Law*, Transaction Publishers, New Brunswick, 2009 (4^a ed.), dove la critica alla « giuridificazione » della società civile è come noto la premessa da cui muove la teoria della « responsive law » (« regulation »).

leading to the transferring of such semantics into law and combining them with legal concepts and regulatory forms»⁽²⁶⁾.

Da questo angolo visuale, d'altra parte, la stessa distinzione tra (diritto) «pubblico» e «privato» risulta ormai problematica⁽²⁷⁾, nella misura in cui essa pretenda ancora di fondarsi su semplificanti dicotomie «stato-società», «stato-mercato». L'interazione orizzontale tra diritto pubblico e privato — queste bipartizioni hanno sempre più un valore meramente descrittivo — è un carattere essenziale dell'esperienza giuridica contemporanea⁽²⁸⁾: in molti settori, specialmente in quelli più esposti alla complessità, gli assetti di regolazione sono rappresentati dalla combinazione strategica di forme di *public law* e dispositivi giuridici di natura negoziale o privata (l'autoregolamentazione punitiva è emblematica⁽²⁹⁾).

In ultima analisi, la «tragedia» dello stato, come icasticamente definita da Helmut Willke, sta nell'aver posto le stesse premesse per il suo ridimensionamento: le precondizioni di una società, di un complesso di sottosistemi, dotati di autonome razionalità, traiettorie di sviluppo e capacità di autopoiesi. Così «the state ceases to be the top or center of society because with the help of the central State society has outgrown the need for a top or center [...]». In spite of imperious and perfunctory symbolics the State has lost its classic function of control and guidance. But nobody really dares to call out loud that the king is riding without any clothes on, that central control is impossible and hierarchical guidance detrimental to the task of processing organized complexity»⁽³⁰⁾.

⁽²⁶⁾ Così I. SAND, *Globalization and the Transcendence of the Public/Private Divide - What is Public Law under Conditions of Globalization?*, in C. MACAMLAIGH, C. MICHELON, N. WALKER, *After Public Law*, OUP, Oxford, 2013, p. 154.

⁽²⁷⁾ Sul ridimensionamento del «public/private divide», v. G. CALLIESS, P. ZUMBANSEN, *Rough Consensus and Running Code*, cit., 75 ss.; sul versante penalistico, M. DELMAS-MARTY, C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger? De la repression administrative au droit administratif penal*, Economica, Parigi, 1992, pp. 11 ss.

⁽²⁸⁾ Su questa interazione insiste I. SAND, *Globalization and the Transcendence of the Public/Private Divide - What is Public Law under Conditions of Globalization?*, cit., 153 ss.

⁽²⁹⁾ Intravedono nei modelli dell'autonormazione o autoregolazione, ad es. in materia di responsabilità degli enti, delle forme di privatizzazione del diritto penale o punitivo più in generale, S. MANACORDA, *La dinamica dei programmi di compliance aziendale: declino o trasfigurazione del diritto penale dell'economia?*, in *Le Società*, 2015, pp. 473 ss. spec. 478.; C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, pp. 261 ss.; *Autonormazione e controllo penale: verso la privatizzazione delle fonti?*, in C.E. PALIERO, S. MOCCIA, G.A. DE FRANCESCO, G. INSOLERA, M. PELISSERO, R. RAMPIONI, L. RISICATO, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, cit., pp. 117 ss.

⁽³⁰⁾ Così H. WILLKE, *The Tragedy of the State: Prolegomena to a Theory of the State*

Per sintetizzare le tendenze sinora accennate si può ricorrere ad una formula teorica molto efficace, elaborata da Colin Scott in un'impegnativa indagine intorno agli sviluppi della *regulatory governance* nell'attuale fase di globalizzazione.

La formula è la transizione dal modello del «regulatory state» a quello del «post-regulatory state»⁽³¹⁾. È sufficiente concentrarci sui caratteri di quest'ultimo paradigma per cogliere la reale portata della transizione e intuirne le profonde implicazioni per il sistema penale; implicazioni che risultano, del resto, già in atto.

Nel *post-regulatory state*, il diritto ha una capacità limitata di controllo delle dinamiche sociali e, in particolar modo, delle fenomenologie connesse alla «seconda modernità»; ciò è all'origine dello sviluppo di approcci di regolazione qualitativamente alternativi a quelli diretti e prescrittivi, tipici del *regulatory state*, che si connotano per un orientamento riflessivo⁽³²⁾. Il diritto riflessivo assume un tenore *regolativo* e *connettivo* e presenta, quindi, un contenuto di tipo essenzialmente procedurale⁽³³⁾. La sua funzione è discreta, arretrata: si tratta di delineare procedure e definire le arene e le strutture di opportunità che consentano di dirigere i processi di autopoiesi degli attori sociali verso il perseguimento degli obiettivi della regolazione, rilevanti nei differenti settori. La *reflexive law* si limita a porre le precondizioni per allineare le differenti razionalità sociali al raggiungimento di *public goal*⁽³⁴⁾; e a questo fine, il diritto è programmaticamente rivolto a mobilitare le risorse epistemiche e normative degli attori sociali.

in *Polycentric Society*, in *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, 1986, 455 e spec. 466.

⁽³¹⁾ Prospettata ed elaborata da C. SCOTT, *Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post-Regulatory State*, in J. JORDANA, D. LEVI-FAUR (a cura di), *The Politics of Regulation*, EEP, 2004, pp. 112 ss.

⁽³²⁾ Sul modello della *reflexive regulation*, cfr. *retro*, nt. 24.

⁽³³⁾ Per i caratteri della *reflexive law*, si rinvia agli studi attraverso i quali è stata concettualmente formalizzata: G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in *Law & Society Review*, 17, 1983, pp. 239 ss.; ID., *After Legal instrumentalism? Strategic Models of Post-Regulatory Law*, in *Int. J. Sociology of Law*, 1984, pp. 375 ss.; ID., *Law as an Autopoietic System*, Blackwell, Oxford, 1993; ID., *Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions*, in R. BALDWIN, C. SCOTT, C. HOOD (a cura di), *Socio-Legal Reader on Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 1998.

⁽³⁴⁾ Una notevole lettura della *reflexive law*, da una prospettiva metodologica differente da quella giuridica, è proposta da W.E. SCHEUREMAN, *Reflexive Law and the Challenges of Globalization*, in *The Journal of Political Philosophy*, 2001, pp. 81 ss. e spec. 88.

Nell'ottica del *post-regulatory state*, le forme di regolazione diretta e prescrittiva, basate sul diritto pubblico (ad es. penale o punitivo), sono marginali. Si assiste ad una progressiva intensificazione della dimensione « governamentale » (« governmentality »⁽³⁵⁾), anche del diritto. Secondo la sua principale elaborazione⁽³⁶⁾, « with government it is a question not of imposing law on men, but of disposing things: that is to say of employing tactics rather than laws, and even of using laws themselves as tactics — to arrange things in such a way that, through a certain number of means, such and such ends may be achieved [...] the instruments of government, instead of being laws, now come to be a range of multiform tactics ». Nel contesto delle società contemporanee, lungi dall'essere scalzato dalle altre pratiche di « government », l'impiego del diritto come tecnologia e tattica di *disciplina* rappresenta una caratteristica costante: non è però il « sovereign law », di matrice pre-liberale, né la « legge », cui prevalentemente si rivolge la ricerca foucaultiana per contestarne la rilevanza nelle dinamiche del « government ». Come *tecnica*, il diritto non pone più regole di condotta, piuttosto delinea percorsi di conformazione (*compliance*), *standard* cui aderire, conferisce deleghe e induce programmi di (auto)disciplina⁽³⁷⁾. Specialmente il diritto punitivo, nei tempi più recenti, ha sperimentato (inattese) inclinazioni *disciplinari*; e risulta così in parte confutata la tesi originaria che escludeva il diritto e, in particolare, quello penale dalle logiche concrete del *government*⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ Per una discussione approfondita della categoria e delle sue ascendenze teoriche, M. DEAN, *Governmentality. Power and Rule in Modern Society*, SAGE, Toronto, 2009, pp. 18 ss.

⁽³⁶⁾ Tra i testi dell'A., ci si limita ad indicare M. FOUCAULT, *Governmentality*, in G. BURCHELL, C. GORDON, P. MILLER (a cura di), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, University Chicago Press, Chicago, 1991, pp. 87 ss. (per la citazione, p. 95).

⁽³⁷⁾ La riduzione del carattere « imperativo » e « sostanziale » della norma giuridica è una caratteristica del diritto nel contesto attuale: sul tema soprattutto A. SUPLOT, *Governing Work and Welfare in a Global Economy*, in J. ZEITLIN, D.M. TRUBEK (a cura di), *Governing Work and Welfare in the New Economy: European and American experiments*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 388 ss.; A. SUPLOT, *Homo Juridicus: essai sur la fonction anthropologique du droit*, Editions du Seuil, Parigi, 2005 (trad. it., *Homo Juridicus: saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Bruno Mondadori, 2006, pp. 211 ss.; sul mutamento delle dinamiche dell'osservanza, cfr. *infra*, nt. 38).

⁽³⁸⁾ È la posizione di M. Foucault circa il ruolo essenzialmente trascurabile del diritto sostanziale nelle strutture reali del « government »; si tratta, d'altronde, di uno dei passaggi che hanno alimentato il più ampio dibattito nella tradizione di studi che muove dall'A.. Una lettura critica molto significativa è proposta da A. HUNT, *Foucault's Expulsion of Law: Toward a Retrieval*, in *Law & Soc. Inquiry*, 1, 1992, pp. 1 ss.

2. Il contesto della regolazione penale riflessiva: decentramento e New Governance.

L'analisi sinora svolta ha posto in luce il processo di transizione da modelli di regolazione diretti (*command and control*⁽³⁹⁾), stato-centrici e verticali a paradigmi indiretti e riflessivi, in cui lo stato si limita ad “orchestrare”⁽⁴⁰⁾ il controllo delle dinamiche sociali coinvolgendo e ingaggiando attori privati o non statali (es. imprese; “autorità” ibride o private) nei processi di regolazione. Questa fondamentale transizione ha consistenti riverberi — come accennato — sulle strutture, contenuti e forme del diritto.

In particolare, quando si tratta di descrivere lo stato del diritto penale — di quello punitivo, più in generale — calato in questi scenari, la letteratura esprime posizioni scettiche, di seria cautela se non di aperta repulsione; tende a prevalere, in breve, una narrazione ancorata allo stilema della “crisi” del diritto legale-statutale, che, per certi versi, si rivela un limite all’osservazione e alla problematizzazione. Non è questa, infatti, la chiave di lettura prescelta in questo testo. Piuttosto, si preferisce impostare l’indagine, alla luce delle premesse svolte, come un percorso di osservazione e diagnosi delle modalità in cui il sistema penale sperimenta, con sorprendente ampiezza, le nuove dinamiche del *post-regulatory state*. Luoghi classici della dogmatica penalistica (così, ad es., le strutture della tipicità, le cause di giustificazione, la categoria funzionale della punibilità) possono essere riguardati nell’ottica proposta in modo tale da porne in luce la connessione con le transizioni osservate e le implicazioni in chiave regolatoria. È significativo, come accennato, il terreno della «non punibilità», di cui si registra, in epoca recente, un impiego legislativo sempre più imponente⁽⁴¹⁾, che a ben vedere segnala un inedito orientamento funzionale: le fattispecie premiali di nuova generazione⁽⁴²⁾ si distac-

⁽³⁹⁾ Su questo approccio di regolazione, con riferimento al diritto penale, A. OGUS, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing, Oxford, 2004, 107 ss.

⁽⁴⁰⁾ La funzione di «state orchestration» è esaminata da K.W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit*, TranState Working Papers, No. 127, Universität Bremen, Collaborative Research Center 597-Transformations of the State, Bremen, 2008, spec. pp. 520 ss.; in essa individuano uno dei caratteri che distingue il paradigma gerarchico e *state-centered* di controllo («Old Governance») dal modello della «New Governance»: cfr. *ultra*, par. 3.

⁽⁴¹⁾ Rileva il «trionfo della non-punibilità» F.C. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. pen.*, 19.12.2019, pp. 1 ss.

⁽⁴²⁾ Qui si può solo accennare alle «Misure premiali» previste dall’art. 25, comma 2, d.lgs. n. 14/2019 (Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza). La punibilità si riconnette al nuovo impianto di fondo del diritto fallimentare e quindi all’esigenza di «procedimentalizzere» i momenti che precedono la crisi definitiva dell’impresa. In que-

cano dal consolidato modello della tutela dei beni giuridici, che ne ha costituito la base di legittimazione⁽⁴³⁾, e sono piuttosto rivolte a generare e incoraggiare comportamenti di prevenzione proattiva, che si stagliano su un piano del tutto irrelato a quello dell'offesa⁽⁴⁴⁾.

Il sistema penale risulta in effetti intensamente coinvolto nelle trasformazioni dei modelli di regolazione e interpreta operativamente il riposizionamento dell'attore statale nel governo di determinati campi sociali (ad es. nel contesto del controllo delle aree di rischio strutturalmente implicate nei processi di produzione o, più in generale, delle fenomenologie connesse alla *Risikogesellschaft*; nella regolazione dell'attività di impresa e delle esternalità negative che da essa derivano). Quando il dispositivo penale o punitivo assume orientamenti riflessivi, anche struttura e portata teleologica della norma subiscono sensibili mutamenti.

In dottrina, già importanti studi analizzano e discutono i modi in cui il sistema penale sperimenta il fenomeno della «decentring regulation», approfondito da Julia Black⁽⁴⁵⁾, così sviluppando approcci di regolazione qualitativamente alternativi al controllo diretto («command and control approach», tipico del diritto punitivo⁽⁴⁶⁾). Assumono rilievo, secondo que-

sta prospettiva, la premialità (penale) sorregge funzionalmente i processi di risoluzione della crisi, innestandosi in una dinamica di regolazione più ampia, che trascende la dimensione dell'interesse protetto dalla norma penale.

⁽⁴³⁾ La «premierità», attuata attraverso il ricorso calibrato alla categoria della «non punibilità», segna del resto un primo momento di funzionalizzazione della norma penale e relativizzazione del suo carattere prescrittivo: questa è la lettura che si ricava, da un punto di vista teorico, dallo studio di N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, in ordine alla categoria delle «sanzioni positive»; ID., *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, spec. p. 1324. Più in generale, in ordine alla «premierità» nel diritto penale, e al connesso impiego della «non-punibilità», pochi riferimenti fondamentali: F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, pp. 445 ss.; E. MUSCO, *La premierità nel diritto penale*, in C. FILIPPI, *La legislazione premiale. In ricordo di Pietro Nuvolone*, Atti del convegno organizzato dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Giuffrè, Milano, 1987, pp. 116 ss.

⁽⁴⁴⁾ Non si basano, quindi, sulla rilevanza di condotte antagoniste all'offesa tipica in base alla norma incriminatrice, come le cause sopravvenute di non punibilità: in tema, per tutti, T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 398 ss.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. J. BLACK, *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a "Post-Regulatory" World*, in *Current Legal Problems*, 2001; EAD., *Constitutionalising Self-Regulation*, in *Modern Law Review*, 1996, pp. 24 ss.

⁽⁴⁶⁾ Il «command and control approach» è proprio del diritto penale: lo suggerisce H. COLLINS, *Regulating Contracts*, OUP, Oxford, 1999, p. 65. Si tratta, tuttavia, di una caratterizzazione del diritto penale in larga misura opinabile, se si ha riguardo alla

ste prospettive di analisi, i temi dell'autonormazione o dell'autoregolamentazione punitiva; l'interazione della *soft law* (nelle sue varie declinazioni concrete) con la norma penale e la sua incidenza nel momento interpretativo; l'emersione di concreti modelli decentrati di *enforced self-regulation*, come ad es. il sistema di responsabilità degli enti⁽⁴⁷⁾.

Guardando alle dinamiche di decentramento nell'ottica del diritto punitivo, esse si traducono in larga misura nella definizione di complesse relazioni o *network* di regolazione per la disciplina di determinati contesti di attività, cui prendono parte, in vario modo, attori istituzionali, privati o ibridi⁽⁴⁸⁾. Con sempre maggiore frequenza, la tendenza al decentramento

struttura positiva e alle dinamiche *reali* dei processi di criminalizzazione: in tal senso si muove N. LACEY, *Criminalisation as Regulation: the Role of Criminal Law*, in C. PARKER, C. SCOTT, N. LACEY, J. BRAITHWAITE, *Regulating Law*, OUP, Oxford, 2004, p. 149: secondo l'A., quella descrizione è l'esito di un certo «isolazionismo metodologico», che pretende di astrarre il diritto penale dall'ambiente («regulatory contexts») in cui opera e si attua. Il presente testo molto deve all'indagine di Nicola Lacey.

(47) La letteratura è crescente: oltre alle indagini di avanguardia di C. Piergallini, richiamate *retro*, nt. 29, sul tema dell'autoregolazione e autonormazione in determinati campi di materia, si considerino V. TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, cit.; cenni importanti a queste dimensioni "riflessive", ad es. nell'ambito della sicurezza alimentare (c.d. sistema HACCP) e del prodotto, poi recepite nella letteratura successiva, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, 284 ss.; più di recente, una sistematizzazione teorica è proposta da D. BIANCHI, *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1477 ss.; propone una rassegna critica degli ambiti del sistema penale in cui l'autonormazione assume rilievo V. MUSCATIELLO, *Il ruolo dell'autonormazione nel diritto penale della società del rischio: l'euristica del prima, la maledizione del dopo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2020, pp. 311 ss.. Sviluppa un inquadramento del sistema di responsabilità degli enti, delineato dal d.lgs. n. 231/2001, nell'ottica del modello di «enforced-self regulation» F. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei «compliance programs» nell'ordinamento italiano*, in *An. Giuridica dell'economia*, 2009, pp. 219 ss.; Id., *Responsabilità da reato degli enti e agency problems. I limiti del d.lgs. n. 231 del 2001 e le prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, pp. 945 ss.; per il ruolo e la portata dell'autonormazione (*compliance*) nell'ottica delle dinamiche di imputazione della responsabilità all'ente, essenzialmente C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del "modello organizzativo" ex d. lg. n. 231/2001) (parte I)*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 376 ss.; e M. CAPUTO, *La mano invisibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2013, 101 ss.. All'interazione tra diritto penale e *soft law* dedica uno studio — per ora sostanzialmente isolato — A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, pp. 536 ss.

(48) In tema, cfr. K.W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit*, cit., spec. 523 ss., che riconducono le forme di *collaborative governance* (pubblico e privato) alla

si esprime nelle forme concrete della delega diretta di specifiche competenze di regolazione agli attori sociali e, in special modo, agli operatori economici privati, non più concepiti come soggetti autoreferenziali, incapaci di determinarsi in funzione di interessi differenti da quelli afferenti le rispettive attività⁽⁴⁹⁾. Le imprese sono, in questo senso, indotte o incoraggiate, attraverso molteplici strumenti, ad intraprendere processi di autoregolazione, strumentali alla gestione dei rischi connessi alla propria attività e alla riduzione, più in generale, delle esternalità negative⁽⁵⁰⁾. Nell'ambito di questi contesti, l'attore pubblico si limita ad orchestrare⁽⁵¹⁾ le precondizioni normative, funzionali e operative di questi moduli partecipati, collaborativi o riflessivi di regolazione⁽⁵²⁾.

La funzione dell'attore statale in questi schemi di *governance* varia in base alle caratteristiche del campo di attività cui è destinato l'assetto di regolazione ovvero in ragione della peculiare natura degli interessi tutelati⁽⁵³⁾; in taluni casi, lo stato, attraverso il diritto formale, è l'«iniziatore» dei processi di *self-regulation* che hanno luogo nell'ambito delle imprese od organizzazioni private⁽⁵⁴⁾; quando, ad es., i beni che necessitano di protezione risultano di particolare rilevanza, anche in considerazione della complessità «epistemica» delle dinamiche di rischio, l'attore statale spesso prevede specifici assetti sanzionatori per il caso in cui il soggetto privato, destinatario della delega di regolazione, fallisca nel perseguimento dell'o-

c.d. *New Governance*, altra formula teoricamente molto efficace per descrivere i modelli di regolazione emersi, a partire dalla fine degli anni '70, soprattutto nel contesto interno, nazionale.

⁽⁴⁹⁾ Il fenomeno istituzionale della creazione di competenze private di regolazione è tematizzato, specialmente nella letteratura penalistica, come «procedimentalizzazione» di alcuni ambiti materiali: cfr. per un affresco D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, 284 ss.

⁽⁵⁰⁾ Sul punto, J. BLACK, *Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a "Post-Regulatory" World*, cit., 113 ss.; EAD., *Constitutionalizing Self-Regulation*, cit., 29 ss.

⁽⁵¹⁾ Cfr. *retro*, nt. 40.

⁽⁵²⁾ In tal senso, la c.d. *New Governance* (per cui v. *retro*, nt. 48), rilascia una concezione essenzialmente funzionale del diritto, inteso come tattica governamentale: un congegno adeguato allo scopo di indurre comportamenti e processi di introiezione delle esigenze disciplinari e degli obiettivi di regolazione, di volta in volta perseguiti.

⁽⁵³⁾ Gli schemi di regolazione, che caratterizzano la *New Governance*, sono molteplici e differenziati; ne è difficile, quindi, una considerazione unitaria: in questo senso, K.W. ABBOTT, D. SNIDAL, *Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit*, cit., 526 ss.

⁽⁵⁴⁾ L'aspetto è posto in luce nell'acuta analisi di M. HERBERG, *Global Legal Pluralism and Interlegality: Environmental Self-Regulation in Multinational Enterprises as Global Law-Making*, cit., p. 37.

biiettivo prefissato. L'intervento sanzionatorio è, in questo senso, programmaticamente rivolto a sostenere e direzionare («*steering*») i percorsi di *self-regulation*, secondo una modellistica, variamente nominata (*regulated self-regulation*; *enforced self-regulation* e così via) ⁽⁵⁵⁾, che risulta fortemente penetrata nell'esperienza del sistema penale domestico.

Per osservare queste dinamiche in atto, appare particolarmente significativo il contesto della *corporate regulation*. L'organizzazione societaria — come suggerisce Christine Parker, nel suo fondamentale studio del 2002 ⁽⁵⁶⁾ — è ora concepita come un determinante «*regulatory space*»: ciò significa riconoscere «*that organizations already have significant internal systems, or at least capacities, for regulating employee conduct, supplier relations, management of environmental and health and safety risk and other issues, regardless of external regulatory intervention [...]. This approach to compliance and regulations fits well with the entity theory of corporations [...] since it recognizes that the corporation is both an appropriate object of democratic responsibilities, and an appropriate subject for responsive self-regulation*» ⁽⁵⁷⁾. Il diritto — anche quello punitivo — discretamente *mobilita* le capacità organizzative e funzionali delle imprese al perseguimento di obiettivi di interesse generale, fissando di volta in volta *standard* legali cui conformarsi.

Emerge un tratto caratteristico della giuridicità contemporanea: la proceduralizzazione della norma giuridica ⁽⁵⁸⁾ e il conseguente ridimensionamento della sua portata prescrittiva. Si tratta di una caratteristica emergente che si osserva, in forme peculiari, anche con riguardo alla norma penale o, in senso lato, punitiva. Piuttosto che sanzionare la violazione di precise regole di condotta, puntualmente definite, il comportamento atteso

⁽⁵⁵⁾ Approfondiscono questo modello AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, cit., pp. 104 ss.; cfr. inoltre J. BRAITHWAITE, *Enforced Self-Regulation: a New Strategy for Corporate Crime Control*, in *Michigan Law Review*, 1982, pp. 1466 ss.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. C. PARKER, *The Open Corporation. Effective Self-regulation and Democracy*, CUP, Cambridge, 2002.

⁽⁵⁷⁾ Così C. PARKER, *The Open Corporation. Effective Self-regulation and Democracy*, cit., p. 29.

⁽⁵⁸⁾ Su questa «dimensione» procedurale del diritto contemporaneo, cfr. M.G. FERRARESE, *Prima lezione di diritto globale*, 90 ss.; si tratta di una caratteristica della norma giuridica che è un portato dell'emergente decentramento dei sistemi di regolazione: cfr. J. BLACK, *Proceduralizing Regulation: Part I*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, 597 ss.. Già G. Teubner individua la dimensione procedurale come una caratteristica della *reflexive law* («*internal rationality*»), richiamando, a tal proposito, la fondamentale elaborazione di Habermas intorno al «paradigma procedurale».

e veicolato dalla comminatoria si identifica nella *compliance*⁽⁵⁹⁾: cioè nell'adozione di *atteggiamenti* proattivi diretti all'attuazione di specifici programmi di disciplina (di «autodisciplina»), sovente individuati attraverso il ricorso alla *soft law* (linee-guida; codici di condotta di matrice “pubblica”, tecnico-istituzionale o ibrida; regole tecniche).

La *compliance* legale — “nuova” declinazione del comportamento osservante — è un'implicazione dei modelli di regolazione indiretta o riflessiva che contraddistinguono il *new regulatory state*⁽⁶⁰⁾: in determinati campi di materia, dall'ambiente, alla salute e sicurezza sul lavoro, dalla protezione dei consumatori dai rischi di prodotto alla sicurezza alimentare, dalla tutela della concorrenza alla tutela dell'integrità dei mercati finanziari, il legislatore (il regolatore pubblico) ha sperimentato i limiti intrinseci del *command and control approach* e ha quindi promosso modelli di «compliance-oriented regulation», incentivando gli operatori economici privati o imponendo loro l'elaborazione e attuazione di sofisticati sistemi o programmi di *compliance*, sino a sanzionarne la mancata adozione o inidoneità⁽⁶¹⁾.

In questo breve testo, che compone una ricerca più vasta, si è accennato al contesto teorico entro il quale collocare le transizioni in atto del sistema punitivo e penale; ora si tenterà di dimostrare come questo orientamento riflessivo risulti già riconoscibile in controluce in un preciso modello di illecito penale: quello contravvenzionale.

3. Il modello della regolazione penale periferica.

Anche per il sistema penale, l'affermazione dei modelli del *post-regulatory state* rappresenta una reazione adattiva ai consistenti limiti dell'eteroregolazione — del *command and control approach*, più in generale — sperimentati nei contesti caratteristici delle società contemporanee. Infatti, di fronte alle sue “inedite” dinamiche di rischio e alla crescente complessità che connota i differenti ambiti di attività, i consueti modelli (pubblicistici) di tutela si rivelano, da un punto di vista tecnico ed epistemico, inadeguati.

⁽⁵⁹⁾ Pone in luce il mutamento dei «modi dell'osservanza» S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in P. ROSSI (a cura di), *La fine del diritto?*, il Mulino, Bologna, 2009, spec. pp. 32 ss.

⁽⁶⁰⁾ Per una descrizione efficace dei caratteri del «new regulatory state» cfr. C. PARKER, *The Open Corporation*, cit., p. 29.

⁽⁶¹⁾ Per il modello della «compliance oriented regulation», C. PARKER, *The Open Corporation*, cit., pp. 16 ss. ed ivi ulteriori riferimenti.

Essi scontano, in breve, problemi di «razionalità limitata»⁽⁶²⁾, in ragione del fatto — di estrema evidenza — che il regolatore esterno e pubblico è “epistemicamente” distante dai fattori di rischio e sprovvisto delle conoscenze per realizzarne un’efficiente gestione.

Si generano, così, in molti contesti (per tutti, quello della tutela della salute e sicurezza sul lavoro; della gestione dei rischi insiti nei modi di produzione), moti discensionali di allocazione delle competenze regolative⁽⁶³⁾ a soggetti privati (operatori economici) o ibridi (autorità tecniche), tipici del *post-regulatory state*. Si assiste, in breve, alla «tendenza ad una parziale “de-istituzionalizzazione” e “privatizzazione” dei compiti legati alla sicurezza» che si traducono nell’«imposizione di doveri (e talora di oneri o facoltà) di auto-regolazione e auto-controllo, rimessi, almeno in parte, agli stessi operatori economici coinvolti nello svolgimento di attività rischiose»⁽⁶⁴⁾.

In relazione a questi consistenti fenomeni di “privatizzazione” dei compiti di gestione dei fattori di rischio, endemici ai vari contesti, il diritto penale rivela una prima e “modesta” funzione *regolatoria*. Più nel dettaglio, il congegno punitivo non risulta *direttamente* coinvolto nel processo di privatizzazione dei modi della tutela (e, quindi, di prevenzione delle dinamiche lesive che si innestano negli specifici ambiti). Piuttosto, il diritto penale e, in special modo, la comminatoria edittale opera come sostegno periferico ai processi di *self-regulation*, in larga misura demandati ai soggetti privati che hanno una prossimità funzionale o epistemica con le fonti di rischio. In concreto, il comportamento sanzionato dalla norma incriminatrice si identifica nella violazione (sotto forma di omissione o carente esercizio) di quei compiti attivi di sicurezza, che consistono nell’attività di (auto) valutazione dei rischi tipici del contesto e nella conseguente produzione di assetti in senso ampio cautelari, strumentali a minimizzarli.

L’orientamento “regolatorio” delle norme penali è il riflesso del mutato approccio di tutela di determinati beni che si svolge sul terreno extrapenale. Questo perché — come ha ben posto in luce Nicola Lacey⁽⁶⁵⁾ — «criminal law does indeed have a distinctive regulatory aspect which, se-

⁽⁶²⁾ Lo pongono in evidenza K.W. ABBOTT-D. SNIDAL, *Strengthening International Regulation Through Transnational New Governance: Overcoming the Orchestration Deficit*, cit., p. 529.

⁽⁶³⁾ Ne propone una lucida analisi D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., pp. 310 ss., che imposta il tema della dislocazione verso il basso delle competenze di regolazione (e, quindi, anche di produzione di assetti cautelari o protocollari di prevenzione) nell’ottica della c.d. crisi della capacità regolativa della «legge» (cfr. *retro*, par. 1).

⁽⁶⁴⁾ Così D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., p. 310.

⁽⁶⁵⁾ Queste le fondamentali osservazioni di N. LACEY, *Criminalisation as Regulation: the Role of Criminal Law*, cit., pp. 162-163.

condly, is however contingent on its interaction with other regulatory systems and on its institutional infrastructure. Criminal law, in other words, both regulates and is regulated by other normative systems within the social order». Alla luce di questa interazione con gli assetti di disciplina extrapenale, si spiega, peraltro, il massivo incremento di “regulatory offences” nella legislazione penale (una tendenza generalizzabile per diversi ordinamenti), considerato che molti dei nuovi sistemi di regolazione indiretta o riflessiva trovano sostegno — da un punto di vista funzionale — in apparati sanzionatori di tipo penale. In ultima analisi, specialmente nei settori della tutela dell’ambiente e della sicurezza e salute nei luoghi di lavoro, il diritto penale opera «as peripheral or last resort framework underpinning practices of self-regulation as well as monitoring»⁽⁶⁶⁾.

Generalmente l’inclinazione regolatoria della disciplina penale, nei contesti in esame, si esprime in forme particolarmente discrete. Non è, infatti, il modulo di tutela penale ad assumere, in modo diretto, una logica riflessiva; questo accade, invece, quando si registra un autentico fenomeno di delega della competenza di prevenzione dei reati.

4. La funzione dell’illecito contravvenzionale nelle dinamiche della regolazione riflessiva.

Ma come si traduce l’orientamento regolatorio “periferico”, ora tratteggiato, sul piano funzionale e strutturale della fattispecie penale? Qual è il modello di incriminazione consentaneo all’orientamento in parola? Le fattispecie incriminatrici che presidiano il corretto esercizio delle competenze di auto-regolazione dei soggetti coinvolti negli ambiti di rischio presentano una struttura contravvenzionale (oltreché a rispondere al relativo modello disciplinare) e si inquadrano, pertanto, nel paradigma della «tutela di funzioni». Come dimostrano i fondamentali studi di Tullio Padovani⁽⁶⁷⁾, il singolare atteggiarsi del contenuto teleologico della fattispecie, scandito sul modulo della tutela di funzioni, costituisce una caratteristica necessaria del reato contravvenzionale.

Il paradigma della tutela di funzioni, pure in varia guisa discusso in letteratura⁽⁶⁸⁾, consente una spiegazione efficace della dimensione teleolo-

⁽⁶⁶⁾ Cfr. *retro*, nt. 71.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni fra storia e politica criminale*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI *Diritto penale in trasformazione*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 421 ss.

⁽⁶⁸⁾ Per tutti, T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illeciti amministrativi*, in *Cass. pen.*, 1987, pp. 670 ss.; per la discus-

gica che caratterizza le figure di illecito “contravvenzionali” (penali e, più in generale, punitivi) che sorreggono, nei termini anzidetti, oneri o obblighi di gestione del rischio tipico e auto-normazione cautelare. Anche in questi casi, infatti, «la norma non risolve [...] un determinato conflitto di interessi, ma si limita a tutelare le *modalità legalmente definite per risolverlo*»; con la conseguenza che essa si dirige verso «comportamenti in varia guisa strumentali rispetto alle finalità perseguite in ogni specifico contesto»⁽⁶⁹⁾. In tal senso, quando sanziona un comportamento consistente nell’omesso o deficitario esercizio di una competenza di auto-regolazione da parte del soggetto privato, la norma penale tutela né più né meno che l’assetto disciplinare cui è stato legalmente condizionato lo svolgimento di attività intrinsecamente pericolose; cioè quei «limiti» e quelle «condizioni»⁽⁷⁰⁾ in cui si riflettono le soluzioni predefinite ai conflitti di interesse che investono i singoli contesti.

Si può fondatamente discutere se questi moduli di incriminazione, pur rispondendo alla tutela di funzioni, siano anche inquadrabili nell’ambito delle contravvenzioni preventivo-cautelari⁽⁷¹⁾. In effetti, nella prospettiva neutra della tecnica di tutela, è del tutto indifferente che la prescrizione penalmente sanzionata consista nell’imporre al soggetto privato la produzione di regole e protocolli a loro volta strumentali a prevenire, mediante “organizzazione”, la concretizzazione dei fattori di rischio. Ma è significativo rilevare come in queste ipotesi l’oggetto della tutela penale sia costituito non già da quelle condizioni (etero-normate) che tracciano *ab externo* l’area del rischio consentito, bensì dalla stessa competenza (privata) a definire (riflessivamente) l’assetto cautelare rilevante in uno specifico ambito di attività. La condotta sanzionata non coincide affatto con una regola cautelare, più o meno specifica, avvinta al rischio da un nesso prevenzionistico (necessariamente) riconoscibile. Con riguardo ai compiti (attivi) di «sicurezza», affidati al garante (privato), la strumentalità rispetto alla prevenzione del rischio si esprime in forma più labile e indiretta: essa è infatti

sione critica di questo paradigma, S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 342 ss.

⁽⁶⁹⁾ Così T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illeciti amministrativi*, cit., p. 674 (enfasi dell’A.).

⁽⁷⁰⁾ In tal senso, T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illeciti amministrativi*, cit., pp. 673 ss.

⁽⁷¹⁾ La categoria è sviluppata da T. PADOVANI, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illeciti amministrativi*, cit., p. 674: «il fenomeno si ripropone in forma strutturalmente analoga anche nelle norme di natura preventivo-cautelare che non rappresentano, in realtà, un genere a sé stante, ma si inquadrano pure nell’ambito della tutela di funzioni».

«mediata» (e dipende) dalle stesse norme e protocolli cautelari che il soggetto privato è abilitato a definire e attuare nel relativo ambito di competenza. Risulta, quindi, molto evidente la connotazione «amministrativa» di queste tipologie di illecito contravvenzionale: sanzionando l'esercizio carente o inadeguato della competenza regolativa, l'ordinamento tutela una precisa *modalità o procedura* di risoluzione dei conflitti, che, però, non ha più natura pubblicistica ed eteronoma rispetto al destinatario della concreta soluzione; la procedura è infatti direttamente affidata al soggetto (privato) più prossimo ai fattori di rischio: così, per esemplificare, nel conformare organizzazione e processi aziendali alle finalità di tutela prevenzionistica, fissate dal legislatore, il datore di lavoro, come ogni altro garante costituito, risolvono concreti conflitti e sono chiamati a stabilire assetti di compatibilità tra esercizio dell'attività e interessi da essa investiti⁽⁷²⁾.

Così tecnicamente congegnato (tutela di funzioni), l'intervento (periferico) della norma sanzionatoria (penale o, in senso ampio, punitiva) sostiene funzionalmente i processi di autoregolazione, replicando lo schema generale di *enforced self-regulation*. Schema che si caratterizza, tra l'altro, per il ruolo *decisivo* che svolge la componente coercitiva o sanzionatoria — sovente costituita dal diritto penale — nel presidiare le competenze di autoregolazione.

La proceduralizzazione degli assetti disciplinari extrapenali trasforma struttura e contenuti teleologici della norma incriminatrice, che a quelli ri-

(72) Un ambito di sicuro interesse, che consente il riscontro diretto di questa funzione di regolazione periferica delle fattispecie contravvenzionali, è il sistema di tutela della salute e sicurezza sul lavoro, come delineato dal d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, all'esito di un'articolata evoluzione. Si tratta, a ben vedere, di uno dei campi di materia dove si registra il mutamento radicale degli approcci di regolazione che è stato qui descritto con la formula della transizione ai modelli del *post-regulatory state*. In tal senso, Valeria Torre ha inquadrato le dinamiche di «privatizzazione» del sistema di tutela prevenzionistico nell'ottica del fenomeno — già evocato — di «decentring regulation» («decentramento normativo», per l'Autrice): *amplius*, V. TORRE, *La "privatizzazione" delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*, cit.. Già T. PADOVANI, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996, pp. 1158 e spec. 1164-1165, individuava nella «delega» di autoregolazione ai garanti (datore di lavoro e altri soggetti, normativamente individuati) l'elemento centrale e qualificante del nuovo assetto di tutela in materia di salute e sicurezza sul lavoro, con implicazioni significative per la disciplina penale, costituita, nel suo nucleo centrale, da fattispecie contravvenzionali che presidiano le competenze private di autonormazione. Per una ricognizione esaustiva e approfondita dell'apparato di contravvenzioni, cfr. ora R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 118 ss.

sulta funzionalmente connessa quando presidia le singole competenze regolative, di matrice privata.

Il paradigma della tutela di funzioni, cui si informano queste norme penali, sottende — come da autorevole dottrina posto in luce — la «spiritualizzazione in senso teleologico» del bene giuridico: categoria, quest'ultima, che smarrisce ogni pretesa di materialità⁽⁷³⁾. Il referente teleologico del reato muta le sue fattezze: il bene giuridico precipita nello scopo di tutela e, in questo modo, sembra risolversi — con una definitiva immedesimazione — anche questa dicotomia “fondazionale”, teoricamente così difficile da conservare nei nuovi scenari teleologici del diritto penale⁽⁷⁴⁾. Alla logica della protezione del bene giuridico da modalità aggressive predefinite e riconoscibili nella fattispecie legale si sostituisce il modello strumentale del perseguimento di scopi di tutela: la tipicità “offensiva” del comportamento punito non sta nella lesione del bene, ma nella *disfunzionalità* (normativamente fissata) rispetto alle finalità di tutela, rilevanti nei vari campi⁽⁷⁵⁾. L'inosservanza delle competenze (private) di autoregolazione assume così rilevanza tipica per il fatto di contraddire funzionalmente il fine di tutela, che l'ordinamento persegue imponendo al soggetto l'internalizzazione riflessiva dei rischi (*rectius*, la soluzione dei concreti conflitti).

La trasformazione “contenutistica”, ora osservata, trova — come inevitabile — evidenze speculari sul piano della struttura del fatto tipico. La fattispecie incriminatrice riproduce la caratterizzazione procedurale della disciplina extrapenale cui si riferisce. Nella descrizione del tipo, in effetti, predomina una componente deontico-normativa: la condotta tipica è definita attraverso il rinvio a quelle norme che, a loro volta, delineano procedure di autoregolazione nei vari contesti (norme-competenza o norme-delega). Di conseguenza, la tipicità, nel ridursi alla mera trasgressione di queste norme-potere⁽⁷⁶⁾, collassa nell'antigiuridicità⁽⁷⁷⁾; e si evoca infatti la categoria dei *Pflichtdelikten* per descrivere la fisionomia di questi illeciti

⁽⁷³⁾ Il rilievo critico è di F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione della dell'illegalità penale*, il Mulino, Bologna, 1990, p. 21.

⁽⁷⁴⁾ Cfr. *infra*, par. 5.

⁽⁷⁵⁾ In altri termini, come osserva F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione della dell'illegalità penale*, cit., p. 20: «nelle norme di organizzazione (e nelle norme penali che ne sanzionano l'inosservanza) è assente un profilo di effettiva tutela, ancorché anticipata o complementare: infatti, tali norme — veri e propri «divieti con scopo autonomo» — vietano azioni umane non in quanto lesive di un bene, ma in quanto elusive di uno scopo».

⁽⁷⁶⁾ O norme-competenza, come le ha definite A. Supiot, per cui cfr. *retro*, nt. 38.

⁽⁷⁷⁾ *Amplius*, M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? «Vecchio» e «nuovo» nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. Pen.*, 2003, spec. pp. 1811 ss.

penali, in cui il fatto è semplicemente rappresentato da un mero dato normativo (l'inosservanza di un precetto altrove stabilito) e il giudizio di rilevanza tipica prescinde dal riscontro di elementi estrinseci. In definitiva, nel frangente in esame, l'«amministrativizzazione» del diritto penale — che è per vero fenomeno complesso e assai variegato — si realizza nella formalizzazione della tipicità.

Esula dagli obiettivi della presente indagine qualsiasi tentativo di analisi critica del modulo di incriminazione esaminato, nell'ottica di coglierne i tratti involutivi rispetto ad un'immagine, più o meno reale, di un diritto penale liberale, «del fatto», scandito secondo le note coordinate. Certamente, come è stato rilevato in letteratura⁽⁷⁸⁾, questa «modellistica» appartiene all'esperienza storica dei sistemi penali: è quindi ampiamente colaudata. Si è tentato, qui, di dimostrare come tale modello punitivo sia stato impiegato per corrispondere a trasformazioni profondissime degli assetti disciplinari extrapenalici, cui il diritto penale tradizionalmente e in vario modo aderisce. In questo senso, il sistema penale recepisce le forme inedite e discrete del «nuovo stato»⁽⁷⁹⁾, adattando le sue antiche strutture.

5. La revisione dei «metodi della tutela» come premessa per comprendere la funzione di regolazione («governamentale») del diritto penale.

Alla luce di quanto osservato, si può allora tentare di formulare un'ultima considerazione più direttamente inerente la dimensione e legittimazione sostanziale di questi moduli di intervento penale a carattere periferico, appena esaminati. Da un punto di vista teorico, il paradigma della tutela di funzioni, associato al modello contravvenzionale, ha posto in evidenza i significativi limiti della sfibrata categoria del «bene giuridico» quale modello deontologico e metodo della tutela penale. Il «bene giuridico» si è rivelato incapace di ricomprendere e sintetizzare le forme concrete che ha assunto il diritto penale nei contesti della «modernità», come la salute e sicurezza sul lavoro, la sicurezza alimentare e la protezione dell'ambiente.

Ancorando i modi della tutela penale al concetto di «bene giuridico», si è perpetuata, in molti campi, una pretesa apparente di «autoreferenzialità» del congegno penalistico, trascurando di valorizzare le sue connes-

⁽⁷⁸⁾ Lo rileva, tra gli altri, M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? «Vecchio» e «nuovo» nell'espansione del diritto penale economico*, cit., p. 1813.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. *retro*, par. 3.

sioni strumentali con altri assetti di tutela extrapenale, cioè il suo ambientamento funzionale in dinamiche più vaste di regolazione giuridica. Nel tentativo di sanare le increspature al paradigma dell'«offesa ad un bene giuridico», sono state elaborate versioni annacquate ed evanescenti — «beni seriali», «beni strumentali» e via dicendo —, che segnalano però tutte le criticità di un «metodo» della tutela inadeguato ad esprimere le reali modalità e funzioni che il diritto penale espleta in determinati campi di materia.

All'esito di una formidabile riflessione intorno ai «metodi della tutela», Giovannangelo De Francesco⁽⁸⁰⁾ ha sostenuto la «possibilità di guardare con minore ansia e preoccupazione all'emergere progressivo di fattispecie ormai lontane dalla polarizzazione del modello legale su di un'offesa — od, eventualmente, un pericolo attuale — per un interesse od “oggetto giuridico” concretamente e materialmente afferrabile». La stessa «contrapposizione tra beni “strumentali” e beni “finali”, tra tutela “anticipata” e repressione di fatti concretamente offensivi, tra pericolo — per lo più astratto — ed accertamento di un'effettiva ed attuale probabilità della lesione, sembra destinata, a ben guardare, ad evocare un dibattito eccessivamente condizionato, se così si può dire, da una dimensione “circolare” ed autoreferenziale dei paradigmi di definizione della tutela riguardante gli interessi coinvolti: una visione, in ultima analisi, nella quale il diritto penale finisce con lo smarrire il proprio collegamento con le ben più ampie e complesse dimensioni sociali al cui interno la scelta incriminatrice dovrà andare ad inserirsi [...]». La prospettiva dei «programmi di tutela», elaborata dall'A., appare quindi quella più adeguata ed efficace per la comprensione e la discussione, sotto il profilo della legittimazione sostanziale, delle opzioni penali — e in genere punitive — che esprimono le inclinazioni “strumentali” e “governamentali”, esaminate in questo testo.

La revisione dei paradigmi della tutela costituisce, in altre parole, la premessa di metodo per sviluppare una concezione critica del diritto penale come «tattica di regolazione», chiamata ad operare, nei differenti contesti di attività, insieme ad altre pratiche di governo, nell'ottica del perseguimento di definiti programmi di tutela.

⁽⁸⁰⁾ Qui il riferimento è a G.A. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 70 ss., ed *ivi* anche per la citazione che segue nel testo.

GIULIA LASAGNI

**PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS
NELL'ANTIRICICLAGGIO E ANTITERRORISMO:
UNA NUOVA FORMA DI *OUTSOURCING*
DEL PROCESSO PENALE? (*)**

SOMMARIO: 1. PPP: definizione di un fenomeno in ascesa. — 2. Cause. — 2.1. Una soluzione alle inefficienze del regime di segnalazione AML/CFT? — 2.2. Un tentativo di aggirare le garanzie processuali? — 3. Tipologie. — 4. Uno sguardo comparato: Regno unito, USA e Francia. — 5. La situazione in Italia. — 6. Possibili scenari e probabili criticità.

1. PPP: definizione di un fenomeno in ascesa.

La conoscenza dei privati costituisce, da sempre, un contributo essenziale e irrinunciabile all'accertamento dei reati. In questo senso, esso può estrinsecarsi in forme diverse: dalla denuncia della persona offesa, alla raccolta di dichiarazioni di persone informate sui fatti, all'uso di informatori di polizia, solo per menzionarne alcuni.

In tempi più recenti, però, la cooptazione del privato sembra aver assunto un ruolo a dir poco imprescindibile nella gestione della cosa pubblica, tanto nell'individuazione degli obiettivi, quanto nell'adozione di provvedimenti o vere e proprie decisioni⁽¹⁾.

(*) La ricerca alla base del presente contributo si iscrive all'interno del Progetto di ricerca finanziato dalla Commissione europea *Public-Private Partnerships on Terrorism Financing* (ParTFin) ISFP-2017-AG-TE, coordinato dal Max Planck Institute di Freiburg (Dr. B. Vogel). L'autrice partecipa al progetto quale *national rapporteur* per l'Italia.

⁽¹⁾ Cfr. M. CAIANIELLO, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Giappichelli, 2003, p. VI, che sottolinea come «senza tale partecipazione, in definitiva, il soggetto pubblico sembra rivelarsi sempre più inadeguato a garantire l'applicazione e l'osservanza delle leggi». Cfr. anche O. BURES, *Public-private partnerships in the fight against terrorism?*, in *Cr L Soc Change*, 2013, 60, p. 430, secondo cui «according the 9/11 Commission Report, for example, the private sector controls 85% of the critical infrastructure in the US, so “unless a terrorist's target is a military or other secure government facility, the “first” first responders will almost certainly be civilians».

Il coinvolgimento dei soggetti privati, in particolare, ha assunto forme sempre più ampie e strutturate in diversi settori del diritto penale, soprattutto nel contrasto ai reati contro la pubblica amministrazione, ai reati informatici e ai reati finanziari.

La fisionomia di questi nuovi meccanismi di cooperazione è variegata ed include categorie fra loro difformi, dal *whistleblowing*, agli accordi con i *service providers*, agli obblighi di segnalazione. È possibile, tuttavia, riconoscere almeno un tratto comune a tali elaborazioni: esse mirano a supportare una raccolta di informazioni su base sistemica, che va al di là del rapporto personale fra inquirente e singolo individuo.

Siffatta caratteristica giustifica, secondo la condivisibile opinione di taluni⁽²⁾, l’inserimento di questi meccanismi all’interno di una crescente tendenza verso l’“esternalizzazione” delle funzioni di accertamento penale, tradizionale dominio della parte pubblica. La frontiera più avanzata di un simile fenomeno si rinviene, senza difficoltà, nelle *policies* nazionali e sovranazionali di antiriciclaggio e contrasto al finanziamento del terrorismo (di seguito indicato con la sigla “AML/CFT”⁽³⁾, in uso nella legislazione europea in materia). Sin dalle origini, infatti, questo settore ha trovato il proprio punto di forza nell’affidamento ai privati di parte delle attività investigative, ed in particolare della raccolta di informazioni su possibili attività sospette⁽⁴⁾.

Tale è il contesto in cui si inserisce, oggi, il fenomeno della crescente applicazione alla materia penale delle c.d. *Public-Private Partnerships* (PPP) sia in ottica preventiva, che, come si vedrà, repressiva⁽⁵⁾.

Il modello PPP ha, in realtà, una chiara origine extra penale. Sviluppato a partire dagli anni ’80, esso mirava al duplice scopo di ridurre il livello di burocratizzazione e favorire la privatizzazione dei servizi all’interno della pubblica amministrazione⁽⁶⁾. In tale contesto, le PPP si definiscono

(2) P.R. VERKUIL, *Outsourcing sovereignty*, Cambridge: CUP, 2007.

(3) Cfr. Direttiva 2015/849 del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell’uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, come modificata, da ultimo, dalla Direttiva 2018/843 del 30 maggio 2018.

(4) B. VOGEL, *Reinventing EU Anti-Money Laundering. Towards a Holistic Legal Framework*, in B. VOGEL, J-B. MAILLART (eds.), *National and International Anti-Money Laundering Law. Developing the Architecture of Criminal Justice, Regulation and Data Protection*, Intersentia: Cambridge-Antwerp-Chicago, 2020, p. 890.

(5) V. *infra*, par. 3.

(6) M. MINOW, *Public and private partnerships. Accounting for the new religion*, in *Harv L Rev*, 2003, 116(1), p. 1229-1270; A.-F. MUSAH, *Privatization of security, arms proliferation and the process of state collapse in Africa*, in *Dev Change*, 2002, 33(5), p. 911-933; C. ORTIZ, *Private armed forces and global security: A guide to the issues*, Santa Bar-

come meccanismi di cooperazione fra autorità pubbliche, imprese private e associazioni non governative, che si incontrano al fine di rendere effettiva una determinata *policy* di governo⁽⁷⁾.

Nemmeno un decennio più tardi, tuttavia, le PPP iniziano ad essere impiegate a fini diversi, quali soprattutto quello di aumentare la resilienza di determinati settori strategici, rendendone più efficienti le capacità di identificazione dei rischi⁽⁸⁾. Questo è l'uso che, talvolta in via sperimentale, in altri casi con modalità già piuttosto consolidate, rileva oggi giorno anche per la materia penale, specialmente nel settore dell'antiriciclaggio e della lotta al finanziamento del terrorismo⁽⁹⁾.

In tale ambito, strategico per eccellenza, le PPP stanno diventando le "strutture" tramite le quali organizzare, su base periodica, incontri finalizzati allo scambio informazioni fra i rappresentanti delle autorità di contrasto⁽¹⁰⁾ e le principali istituzioni bancarie e finanziarie⁽¹¹⁾.

bara: Praeger, 2010; S. DE HEER, *Private Involvement in Autonomous Decision-Making Exercising Public Tasks and the Good Administration: a need for further research*, in *Eur L Blog*, 26 febbraio 2021. Sull'Italia, v. V. BRIGANTE, *The troubled development of the public-private partnership in the Italian administrative law. Its persistent relation with the notion of economic risk and critical reflection about the proper implementation of the idea of flexibility*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 3, 2019, p. 357.

⁽⁷⁾ S.H. LINDER, P.V. ROSENAU, *Mapping the terrain of the public-private policy partnership*, in P.V. ROSENAU (ed.), *Public-private policy partnerships*, Cambridge: MIT Press, 2000, p. 1 ss.; T.A. BOERZEL, T. RISSE, *Public-private partnerships: Effective and Legitimate Tools of Transnational Governance?*, in E. GRANDE, L.W. PAULY (eds.) *Complex sovereignty: On the reconstitution of political authority in the 21st century*, University of Toronto: Toronto-Buffalo-London, 2002, p. 1 ss.; M. BEXELL, U. MÖRTH (eds.), *Democracy and Public-Private Partnerships in Global Governance*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2010.

⁽⁸⁾ S.J. COLLIER, A. LAKOFF, *The vulnerability of vital systems: How critical infrastructure became a security problem*, in M.D. CAVELTY, K.S. KRISTENSEN (eds.), *Securing 'the homeland': Critical infrastructure, risk and (In)security*, Routledge: London, 2008, pp. 17-39; O. BURES, *Public-private partnerships*, cit., p. 432.

⁽⁹⁾ Cfr. M. FORMAN, *Combating terrorist financing and other financial crime through public sector partnerships*, in *Journal of Money Laundering Control*, 2006, 9(1), pp. 112-118. V. anche O. BURES, *op. cit.*, pp. 431 e 445-446; M. DEN BOER, C. HILLERBRAND, A. NÖLKE, *Legitimacy under pressure: The European web of counter-terrorism networks*, in *J Com Mark St*, 2008, 46(1), pp. 101-124.

⁽¹⁰⁾ In tale contesto, pare ragionevole riferire la nozione di "autorità competente" a quella di cui all'art. 3(7), Direttiva 2016/680 del 27.04.2016.

⁽¹¹⁾ K. SVEDBERG HELGESSON, *Public-Private Partners Against Crime: Governance, Surveillance and the Limits of Corporate Accountability*, in *Surv & Soc*, 2011, 8(4), p. 476; E. KRAHMANN, *Security governance and networks: new theoretical perspectives in transatlantic security*, in *Camb Rev Int Affairs*, 2005, 18(1), pp. 15-29; M. WEBBER, S. CROFT, J.

Finora, siffatto mutamento è stato innalzato solo raramente ad autonomo oggetto di studio, nonostante le crescenti ricadute che questo modello di cooperazione sta esercitando sulla tenuta di importanti gangli della giustizia penale. Una prima conseguenza di tale approccio lacunoso è che, ad oggi, non esiste una definizione compiuta dei sistemi PPP in questa materia; il che rende complesso darne una valutazione in termini tassativi.

Ciononostante, le prime analisi comparate di tali sistemi permettono di identificare almeno tre caratteristiche fondamentali delle PPP, che consentono di distinguerle da altri, e più formalizzati, modelli di cooperazione.

In primo luogo, le PPP sono meccanismi in cui la adesione, sia da parte delle autorità pubbliche sia per gli attori privati, è volontaria (almeno, come si dirà, da un punto di vista formale⁽¹²⁾). Tale volontarietà riguarda la partecipazione alla PPP in sé, così come la reattività a fronte di richieste di cooperazione particolari. Si tratta, pertanto, di sistemi nei quali non sono previste sanzioni nel caso in cui una parte si mostri inerte. Si comprende bene, in questo senso, perché l'ambito AML/CFT — in cui l'integrazione fra strumenti di "hard and soft law" è un elemento connotato — sia così predisposto all'introduzione di simili modelli⁽¹³⁾.

In secondo luogo, pur non ponendo nessuna regola esplicita a proposito, il funzionamento delle PPP richiede ai privati — spesso, di fatto, impone — di porre in essere meccanismi interni di monitoraggio. Per rispondere alle richieste di informazioni delle autorità, infatti, gli operatori finanziari devono poter disporre di una panoramica aggiornata delle proprie attività e di quelle dei propri clienti. Tali sistemi di monitoraggio sfuggono di solito ad una regolamentazione vera e propria; relegati a mere questioni organizzative interne all'istituzione finanziaria, da essi però possono derivare misure afflittive con effetti verso terzi, che rappresentano uno dei principali profili critici nell'implementazione di sistemi PPP⁽¹⁴⁾.

Da ultimo, a differenza dei principali sistemi di cooperazione in materia penale, le PPP si distinguono per un flusso di informazioni a doppio senso. Ciò significa che i privati accettano di fornire informazioni alle autorità pubbliche, ma la stessa aspettativa si applica anche a queste ultime. In

HOWORTH, T. TERRIFF, E. KRAHMANN, *The governance of European Security*, in *Rev Int St*, 2004, 30(1), pp. 3-26.

⁽¹²⁾ Cfr. *infra*, par. 4.

⁽¹³⁾ Cfr. M. BERGSTRÖM, K. SVEDBERG HELGESSON, U. MÖRTH, *A new role for for-profit actors? The case of anti-money laundering and risk management in J Com Mark St*, 2011, 49(5), pp. 1043-1064; R. KING, *The regulatory state in an age of governance*, London: Macmillan, 2007.

⁽¹⁴⁾ Cfr. *infra*, par. 5.

altre parole, si realizza nelle PPP un vero e proprio “scambio”, di cui anche gli attori privati sono diretti beneficiari. La bilateralità del flusso informativo è essenziale al funzionamento delle PPP: infatti, è proprio grazie a quanto appreso all’interno di tali incontri che gli operatori finanziari possono migliorare le proprie prestazioni, raffinando i modelli interni di prevenzione del rischio e incrementando il valore delle segnalazioni di attività sospette inviate alle autorità di contrasto⁽¹⁵⁾.

Il paradigma PPP così descritto trova oggi applicazione crescente in alcuni settori della materia penale, a partire dall’antiriciclaggio e antiterrorismo. A fronte di tale tendenza, ancora ampiamente sottostimata dagli operatori giuridici, il presente contributo si pone come un’analisi necessariamente preliminare. Allargando lo sguardo in ottica comparata, esso si prefigge di identificare le principali tipologie di PPP utilizzate nell’AML/CFT, evidenziando i maggiori profili critici di ciascuna. Ciò consentirà, in conclusione, di effettuare una valutazione — anch’essa necessariamente preliminare — delle potenzialità applicative delle PPP in ordinamenti che, come il nostro, si basano su una nozione rigida del principio di legalità e su una separazione piuttosto netta fra accertamento penale e accertamenti di altra natura.

2. Cause.

Prima di passare ad un esame più approfondito delle diverse tipologie di PPP, però, è opportuno analizzare brevemente le ragioni del recente successo di questo modello di cooperazione, anche in Paesi a noi vicini.

Soprattutto nella materia dell’anti-riciclaggio e del contrasto al finanziamento del terrorismo, le PPP sono infatti ormai descritte come “la terza gamba” della strategia di contrasto, insieme all’uso dei servizi di intelligence e della tecnologia a fini di sorveglianza⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Come sottolineato anche da J.S. DEMPSEY, *Introduction to private security*, Belmont: Wadsworth, 2011, il vantaggio dei privati nella cooperazione con le autorità pubbliche è rilevante, poiché consente ai primi « [to] gain intelligence from law enforcement regarding threats and crime trends, develop relationships so that they will know who to contact for help or to report information; build law enforcement’s understanding of corporate needs, such as confidentiality; and boost law enforcement’s respect for the security field ».

⁽¹⁶⁾ K.L. PETERSEN, *Risk, responsibility and roles redefined: Is counterterrorism a corporate responsibility?*, in *Camb Rev Int Affairs*, 2008, 21(3), pp. 403-420.

Tra i sostenitori di tale prospettiva si enumera innanzitutto la Financial Action Task Force (FATF), il più importante organismo internazionale per la definizione di standard AML/CFT, che raggruppa i Paesi con i principali centri finanziari del mondo⁽¹⁷⁾.

Le linee guida promosse dalla FATF, come si dirà, hanno avuto un peso particolarmente rilevante per la creazione di PPP in questo settore nell'Europa continentale⁽¹⁸⁾. Non mancano, tuttavia, esplicite adesioni al meccanismo PPP anche da parte dei legislatori nazionali. Significativo, in tal senso, il caso degli Stati Uniti, dove già dal 2010 l'uso di questi modelli di cooperazione è stato inserito all'interno della strategia di sicurezza nazionale⁽¹⁹⁾.

In termini generali, la principale ragione del successo delle PPP ha radici comuni alle ragioni stesse che hanno portato al coinvolgimento in modo sistematico dei privati nell'attività di prevenzione e repressione dei reati: l'assegnazione dei compiti di raccolta di informazioni e di monitoraggio alla parte "*best suited to do so*", cioè al privato che si trova, per motivi strutturali, nella disponibilità più immediata di tali dati.

Ad un'analisi più accurata, tuttavia, le cause che hanno portato diversi ordinamenti ad adottare forme di PPP nel settore AML/CFT sono più complesse e non prive di una certa contraddittorietà. Ciò non deve però stupire troppo: le PPP, inserendosi negli spazi lasciati fra le attività di indagine penale ed i compiti di sorveglianza delle autorità indipendenti di settore, hanno infatti natura flessibile, per non dire ambivalente; il che le rende adattabili a soddisfare diverse finalità.

2.1. *Una soluzione alle inefficienze del regime di segnalazione AML/CFT?*

La principale ragione del successo delle PPP è che queste si propongono come rimedio alle numerose inefficienze dei regimi di segnalazione delle operazioni sospette (SOS).

⁽¹⁷⁾ Cfr. <http://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/>.

⁽¹⁸⁾ Nel giugno 2016, la FATF ha lanciato la *Consolidated FATF Standards on Information Sharing* e, nel 2017, le *Draft Guidance for Private Sector Information Sharing*. Cfr., *infra*, par. 4.

⁽¹⁹⁾ Si veda President of the United States, *National security strategy*, 2010 e le dichiarazioni rese alla FIU statunitense nel 2017 da S.P. MANDELKER, US Treasury Under Secretary for Terrorism and Financial Intelligence, «Strong public-private partnerships and two-way information sharing is a crucial component of our efforts to combat the sophisticated money laundering methods and evolving threats we face today».

Tali regimi, come noto, sono stati introdotti in numerosi Paesi negli ultimi decenni, sulla base della consapevolezza, tuttora ineguagliata a livello internazionale in altri ambiti, che fenomeni come il riciclaggio o il finanziamento del terrorismo possono essere affrontati efficacemente solo con un approccio transnazionale. Il fulcro dei modelli di cooperazione da ciò scaturiti è rinvenibile, essenzialmente, nel dovere di alcuni privati qualificati (fra cui banche e istituzioni finanziarie⁽²⁰⁾) di segnalare operazioni sospette alle autorità pubbliche competenti. Nella maggior parte dei casi, queste autorità si identificano con le *Financial Intelligence Unit* (FIU), agenzie appositamente create — su stimolo degli standard FATF⁽²¹⁾ — per fungere da centri di ricezione e analisi di tali dati⁽²²⁾.

Misurare in modo oggettivo l'efficacia dei meccanismi di segnalazione è un compito arduo⁽²³⁾, che ovviamente si pone ben al di là del presente contributo. Qui vale giusto la pena ricordare come, secondo opinione largamente condivisa, non è necessariamente il numero di SOS a determinare la maggiore o minore efficienza preventiva e repressiva dell'intero sistema⁽²⁴⁾. Fattori ben più significativi, a tal fine, sono piuttosto identificati

⁽²⁰⁾ Cfr. la definizione fornita dalla FAFT in *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*, febbraio 2012, p. 122 ss.

⁽²¹⁾ Si vedano la Recommendation (29) e le relative note interpretative, FATF, *International standards*, cit., p. 95 ss.

⁽²²⁾ Per una ricostruzione generale delle diverse tipologie e funzioni delle FIU, cfr. International Monetary Fund & World Bank, *Financial intelligence units: an overview*, Washington, D.C., 2004; Royal United Services Institute for Reference and Securities Studies (RUSI), N.J. MAXWELL, D. ARTINGSTALL, *Occasional Paper, The role of financial information-sharing partnerships in the disruption of crime*, October 2017.

⁽²³⁾ S. RIONDET, *The value of public-private partnerships for financial intelligence*, in *J Fin Compl*, 2018, 2, p. 149.

⁽²⁴⁾ Si vedano, fra le numerose fonti a proposito, ONU, *Seventh Report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team*, Established pursuant to Security Council Resolution 1526 (2004)' (2007) S/2007/677; ID., *Eighth Report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team*, Established pursuant to Security Council Resolution 1526 (2004)' (2008) S/2008/324. Per dati relativi all'UE, si veda, ad esempio, C. TAVARES, G. THOMAS, M. ROUDAUT, *Money laundering in Europe: Report of work carried out by Eurostat and DG Home Affairs*. Eurostat Methodologies and Working Paper. EC, 2010; G. FAVAREL-GARRIGUES, T. GODEFROY, P. LASCOUMES, *Reluctant partners? Banks in the fight against money laundering and terrorism financing in France*, in *Sec Dial*, 2011, 42(2), pp. 179-196; A. VERHAGE, *Between the hammer and the anvil? The anti-money laundering-complex and its interactions with the compliance industry*, in *Crim L Soc Change*, 2008, 52, pp. 9-32; M. YEANDLE, M. MAINELLI, A. BERENDT, B. HEALY, *Anti-money laundering requirements: Costs, Benefits and Perceptions*, Corporation of London, 2005; H. GEIGER, O. WUENSCH, *The fight against money laundering-an economic analysis of a cost-benefit paradoxon*, in *J Mon Laund Control*, 2007, 10(1), pp. 91-105.

nella qualità delle segnalazioni prodotte, così come nella disponibilità di risorse che le autorità di contrasto posso impiegare nella propria analisi⁽²⁵⁾.

Gli operatori finanziari, infatti, hanno l'obbligo di riferire alle autorità i casi di sospetto, pena l'applicazione di sanzioni di varia natura. Negli ultimi anni, su tale obbligo si sono però instaurati comportamenti chiaramente ispirati all'autotutela, più che alla effettiva prevenzione del rischio.

In altre parole, pur di non incorrere nelle sanzioni previste dalla normativa, sono sempre più numerose le istituzioni finanziarie che decidono di inviare segnalazioni alla FIU competente, anche in mancanza di adeguate verifiche o approfondimenti. Dal punto di vista del privato, il vantaggio di tale approccio è evidente: a differenza della mancanza di cooperazione, l'*overproduction* non è causa di responsabilità ai sensi dalla normativa vigente. L'uso *difensivo* delle SOS, altrimenti detto fenomeno degli *umbrella reports*⁽²⁶⁾, si riflette però inevitabilmente in segnalazioni di scarsa qualità, che non apportano contributi sostanziali all'attività di contrasto⁽²⁷⁾. Una simile conclusione è tanto più aggravata alla luce delle risorse limitate a disposizione delle FIU, soprattutto in termini di personale dedito all'analisi dei dati ricevuti.

Questa inefficienza non è però ascrivibile esclusivamente all'adozione di comportamenti strategici da parte dei privati.

Anche la reticenza delle autorità nel condividere indicatori di rischio aggiornati con gli operatori finanziari, o la mancanza di adeguate risorse che si riflette nel medesimo risultato, è infatti un fattore rilevante nel ridurre le capacità selettive delle istituzioni finanziarie⁽²⁸⁾. Ciò riguarda specialmente i privati di dimensioni ridotte, che non possono sostenere il co-

⁽²⁵⁾ Indicativa, in tal senso, la definizione di T. GOTTSCHALK, *The Data-Laundromat? Public-Private-Partnerships and Publicly Available Data in the Area of Law Enforcement*, in *EDPL*, 1, 2020, p. 21: «If data is the oil of 21st century, data analysis is the refinery to make it usable».

⁽²⁶⁾ Su cui si vedano, ad esempio, G. FAVAREL e a., *Reluctant partners?*, cit., p. 179 ss; J. HARVEY, S.F. LAU, *Crime-money, reputation and reporting*, in *Crim L Soc Change*, 2009, 52, pp. 57-72; W. VLCEK, *Securitization beyond borders: Exceptionalism inside the EU and impact on policing beyond borders European measures to combat terrorist financing and the tension between liberty and security*, in *Chal Work Paper*, 2005, 2; E. TAKATS, *A theory of crying wolf: The economics of money laundering enforcement*, *IMF Work paper*, 2007, 07/81; S. RIONDET, *The value*, cit., p. 149; O. BURES, *Public-private partnerships*, cit., p. 444.

⁽²⁷⁾ Nell'UE, per fare un esempio, sono generate miliardi di segnalazioni di transazioni sospette ogni anno, ma solo in minima parte (ca. 10%) queste hanno portato ad ulteriori approfondimenti (es. apertura di indagini penali), cfr. Europol, *From suspicion to action: Converting financial intelligence into greater operational impact*, settembre 2017.

⁽²⁸⁾ Si pensi ai cambiamenti causati nella fisionomia dei reati finanziari dalla pan-

sto di vere e proprie unità interne, appositamente dedicate all'identificazione dei flussi finanziari sospetti.

Peraltro, la mancanza di indicatori di rischio specifici, unita all'incremento costante delle transazioni finanziarie a livello globale, rende complesso identificare operazioni sospette anche per gli operatori finanziari più strutturati, soprattutto se legate a fenomeni terroristici⁽²⁹⁾.

Le segnalazioni AML/CFT, in conclusione, appaiono come un meccanismo di cooperazione appesantito da costi non indifferenti per tutte le parti coinvolte⁽³⁰⁾, ma in cui i rischi di *underperformance* sono tendenzialmente a carico delle autorità di contrasto. È infatti la parte pubblica che, in definitiva, rischia di non raggiungere i propri obiettivi a causa dell'inefficienza del sistema.

In un simile contesto, le PPP si presentano invece come una soluzione economicamente accessibile per riportare (davvero) in capo ai privati una parte consistente dell'attività di raccolta e selezione delle informazioni, senza alcun contestuale allargamento della loro sfera di responsabilità.

Incidentalmente, le PPP si prestano a supplire anche un altro limite significativo insito alla legislazione AML/CFT: l'aver pensato un modello di scambio di informazioni fondato sul rapporto 1:1 fra organo di sorveglianza e istituto finanziario. Tale struttura, infatti, non tiene conto che la maggior parte dei flussi finanziari ha ormai natura trasversale. Detto in altre parole, i traffici più sofisticati sono ad oggi difficilmente afferrabili dalla singola prospettiva di un istituto, o persino di un gruppo, bancario⁽³¹⁾. Mettendo insieme autorità di contrasto e più operatori finanziari *allo stesso tempo*, le PPP propongono invece una soluzione operativa che consente uno scambio simultaneo di informazioni su più livelli.

demia di Covid-19, cfr. ad es. J.C. CRISANTO, J. PRENIO, *Financial crime in times of Covid-19-AML and cyber resilience measures*, FSI Briefs, 7, maggio 2020.

⁽²⁹⁾ Perché statisticamente meno frequenti dei casi di riciclaggio e per la maggiore difficoltà nell'identificare indicatori di rischio inequivoci in merito, cfr. O. BURES, *Public-private partnerships*, cit., p. 439 ss.

⁽³⁰⁾ Cfr. S. RIONDET, *The value*, cit., p. 149.

⁽³¹⁾ In questo senso, v. anche S. RIONDET, *The value*, cit., p. 151. Ciò è tanto più vero quando si consideri il costo relativamente "contenuto" degli attentati terroristici, cfr. ONU, *Analytical Support and Sanctions Monitoring Team*, First report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team appointed pursuant to resolution 1526 (2004) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities (S/2004/679).V. anche Home Office, *The report of the official account of the bombings in London on 7 July 2005*, HC 1087, 2006. Simili considerazioni si applicano anche a gruppi terroristici più risalenti, ad esempio l'IRA, cfr. L.K. DONOHUE, *The cost of counterterrorism: Power, politics, and liberty*, Cambridge: CUP, 2008.

2.2. *Un tentativo di aggirare le garanzie processuali?*

In taluni ordinamenti, l'intento di ottimizzare le prestazioni delle policy AML/CFT ha spinto per l'adozione delle PPP anche per un diverso ordine di ragioni: gli incontri periodici fra autorità competenti e operatori finanziari sono infatti un contesto nel quale ottenere (o cercare di ottenere) informazioni da parte dei privati, al di fuori dei vincoli previsti dalla normativa processuale penale o dalla legislazione in materia di privacy.

Come anticipato, le PPP in effetti si inseriscono benissimo negli interstizi fra il regime preventivo AML/CFT, i poteri sanzionatori delle autorità di vigilanza in ambito bancario e finanziario e gli ordinari poteri di indagine dell'autorità giudiziaria.

Nel regime AML/CFT, in particolare, le relazioni fra attori pubblici e privati sono disegnate sulla falsariga delle potestà sanzionatorie previste nell'ordinamento per ridurre il rischio di inadempienza; l'asimmetria di poteri (esercitabili solo contro la parte privata) è, però, almeno in parte, bilanciata da una serie di limiti. Questi possono esplicitarsi in diverse modalità: dalla previsione tassativa delle casistiche in cui le sanzioni sono applicabili, alla necessità di fornire una prova qualificata per giustificare l'esercizio di talune facoltà (ad es. *probable cause*), all'obbligo di ottenere una autorizzazione giudiziaria in caso di misure particolarmente afflittive.

L'informalità e la volontarietà alla base delle PPP potrebbero rappresentare, invece, il perfetto contraltare ad uno scambio di informazioni che sollevi le autorità da limitazioni di tipo soggettivo od oggettivo.

In altre parole: al di là di proclami ufficiali, le PPP sono viste in alcuni ordinamenti, primo fra tutti quello statunitense, come strumenti per acquisire dati in possesso degli operatori finanziari, eludendo le limitazioni legate ai *privileges*, ad esempio in caso di *subpoena* o *production orders*⁽³²⁾.

Tale approccio, che spesso necessita di espliciti correttivi a livello legislativo, si fonda però su una interpretazione distorta di almeno due profili fondamentali delle PPP.

Da un lato, essa volutamente ignora la dimensione sostanziale sottostante al fenomeno delle PPP: la partecipazione dei privati a questi meccanismi, così come la condivisione di informazioni specifiche, può essere infatti considerata volontaria solo su un piano formale ed astratto. Nella pratica, invece, l'adesione degli operatori finanziari è spesso fortemente condizionata dalla necessità di mostrarsi cooperativi con le autorità di settore. In pratica, è difficile sostenere, guardando alla dimensione concreta del meccanismo, che una banca o un intermediario finanziario non siano "forte-

⁽³²⁾ V. *infra*, par. 4.

mente incentivati” a cooperare quando allo stesso tavolo siedano anche le autorità di vigilanza⁽³³⁾.

D’altro lato, quand’anche non pregiudizievole nei confronti degli operatori finanziari, uno scambio di dati personali, privo di adeguati contorni normativi, potrebbe difficilmente essere considerato legittimo dal punto di vista degli individui a cui tali informazioni si riferiscono.

Ciò pone problemi, innanzitutto, alla luce della normativa privacy e protezione dei dati che, almeno nell’Unione europea, richiede basi giuridiche adeguate in caso di trattamento⁽³⁴⁾. Non solo: l’uso, attuale o potenziale, di siffatte informazioni solleva questioni critiche anche rispetto ai diritti di difesa e ai principi del giusto processo. È infatti evidente che una destinazione processuale di tali dati, di fatto anticipando al di fuori del giudizio il momento acquisitivo degli elementi probatori, potrebbe vanificare la tutela dei diritti fondamentali dell’imputato.

Pertanto, specialmente in ordinamenti che, al contrario del nostro, non prevedono una separazione piuttosto netta fra procedimento penale e altri tipi di accertamento⁽³⁵⁾, i modelli PPP ripropongono in termini nuovi, ma non inediti, il problema della crescente commistione fra processo penale, accertamenti di altra natura e, più in generale, procedimenti preventivi⁽³⁶⁾.

⁽³³⁾ Naturalmente la partecipazione delle autorità di vigilanza ai PPP non è obbligatoria, sebbene piuttosto frequente nella pratica; si veda, a tal proposito, G. FAVAREL e a., *Reluctant partners?*, cit., che indicano come il termine PPP sembri «somewhat inappropriate for defining relationships between banks and law enforcement agencies. It should be borne in mind that banks have been forced to comply with AML/FTF policy, and that the ‘partnership’ was clearly imposed ‘by command’ — that is, by the government».

⁽³⁴⁾ Sebbene, in questo ambito, sussistano incertezze rispetto a quale normativa applicare, specialmente in riferimento ad attività di intelligence compiute dalle forze di polizia (GDPR o Direttiva 2016/680), cfr. N. PURTOVA, *Between the GDPR and the Police Directive: navigating through the maze of information sharing in public-private partnerships*, in *Int Data Priv L*, 2018, Vol. 8, 1, pp. 52-68.

⁽³⁵⁾ Alla luce dell’art. 220 disp. att. c.p.p.

⁽³⁶⁾ Su cui si vedano, per tutti, J.A.E. VERVAELE, *Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities in the US and the Netherlands: emergency criminal law?*, in *Rev int droit pén*, 2005, 3-4, Vol. 76, p. 409-443; A. GRUSZCZAK, *EU Criminal Intelligence Model - Problems and Issues*, in J.B. Banach-Gutierrez / C. Harding (eds.), *EU Criminal Law and Crime Policy. Values, Principles and Methods*, London - New York: Routledge, 2016, p. 149-167; M. CAIANIELLO, *Dangerous Liaisons. Potentialities and risks deriving from the interaction between Artificial Intelligence and preventive justice*, in *ECCL*, 2021, 29, 1, p. 1 ss. e, nello specifico ambito di cui ci si occupa, O. BURES, *Public-private partnerships*, cit., p. 432.

3. Tipologie.

Prima di passare ad un esame più dettagliato dei diversi profili critici sollevati dalle PPP nell'ambito AML/CFT, è opportuno esaminarne alcune possibili tipologie. Al variare di taluni caratteri, infatti, sono riconducibili rischi diversi: ciò rende alcune PPP più problematiche di altre, specialmente in contesti fondati su una interpretazione formalistica del principio di legalità.

Pur in assenza di una sistematica condivisa, la disamina della (scarna) letteratura in materia e, soprattutto, l'analisi empirica delle esperienze di PPP attualmente in vigore permettono oggi di individuare diversi modelli all'interno di questo tipo di cooperazione⁽³⁷⁾.

In particolare, è possibile distinguere almeno tre paradigmi differenti a seconda: *a*) del tipo di informazioni condivise fra i partecipanti; *b*) delle autorità pubbliche coinvolte; e infine *c*) dello scopo prefisso dal meccanismo stesso.

In base al tipo di informazioni condivise fra i partecipanti, le PPP possono essere classificate in *compliance* o *investigative*.

Le *compliance* PPP sono modelli di cooperazione pubblico-privata in cui vengono condivisi indicatori di rischio (le c.d. *typologies*). Questo modello, relativamente frequente nella prassi, prevede che i partecipanti si scambino dati riguardanti profili rivelatori, ma non individualizzanti. Si tratta, pertanto, di informazioni che aiutano gli operatori finanziari a comprendere meglio quali segnali possono essere indizi di condotte criminose. Ciò aiuta il privato a circoscrivere le situazioni al verificarsi delle quali questi è tenuto ad effettuare una segnalazione all'autorità competente. Non sono invece condivisi dati personali, quali l'identità di potenziali sospetti (terroristi, riciclatori, ecc.) o riferimenti a specifiche transazioni finanziarie.

Queste informazioni costituiscono l'oggetto specifico delle *investigative* PPP. In ragione della maggiore criticità dei dati scambiati, l'introduzione del modello *investigative* risulta, come si vedrà, particolarmente problematico alla luce dei diritti fondamentali degli individui coinvolti.

Prendendo in considerazione le autorità pubbliche partecipanti, si possono distinguere forme di PPP in cui intervengono solo autorità operanti nell'ambito della prevenzione (come, ad esempio, le FIU) e modelli in cui, invece, sono presenti anche, o esclusivamente, autorità giudiziarie o di polizia.

(37) Si veda in tal senso, B. VOGEL, *Reinventing*, cit., p. 930 ss.

Tale suddivisione può sovrapporsi in parte, o andare di pari passo, con l'ultima ripartizione: quella fra sistemi finalizzati allo scambio di informazioni nell'ambito di operazioni di *intelligence* e PPP che mirano anche alla raccolta di prove o comunque di elementi da utilizzare ai fini dell'accertamento penale.

La classificazione secondo i tre criteri illustrati rappresenta naturalmente una semplificazione: come si vedrà, la maggior parte dei modelli PPP ad oggi esistenti mostra, in effetti, caratteri "ibridi", combinati spesso con risultati difformi⁽³⁸⁾.

Soprattutto in una fase ancora preliminare di studio del fenomeno, però, questa schematizzazione può essere utile per iniziare a delineare le diverse criticità e i diversi vantaggi inerenti all'utilizzo di determinati modelli PPP. Un'analisi di tal genere è rilevante, ai fini del presente contributo, specialmente in relazione ai principi del giusto processo.

Prima di esprimere qualche considerazione critica in merito, tuttavia, è opportuna una breve ricognizione dei più noti meccanismi PPP ad oggi operativi.

4. Uno sguardo comparato: Regno Unito, USA e Francia.

Alcuni ordinamenti vantano infatti un'esperienza già relativamente consolidata nell'utilizzo di PPP per contrastare fenomeni di riciclaggio e finanziamento del terrorismo⁽³⁹⁾.

Fra questi, particolarmente significativo è il caso del Regno Unito. In tale contesto, si è istituita nel 2014, prima come progetto pilota e poi in via definitiva, la *Joint Money Laundering Intelligence Taskforce* (JMLIT). Questo PPP riunisce circa quaranta istituti finanziari di diverse dimensioni, oltre a corpi di polizia e autorità di vigilanza finanziaria e antifrode (ma non la FIU inglese)⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁸⁾ Con l'eccezione della condivisione di *typologies*: questo sembra, in effetti, essere l'elemento imprescindibile in ogni forma di PPP. D'altro canto, non potrebbe essere altrimenti: senza lo scambio almeno di informazioni strategiche, pare difficile poter giustificare la istituzione stessa di un tale apparato.

⁽³⁹⁾ Per altri casi, oltre ai due descritti, cfr. RUSI, *Occasional Paper*, cit., p. 5 ss.

⁽⁴⁰⁾ In particolare: National Crime Agency, Serious Fraud Office, Her Majesty's Revenue & Customs, the City of London Police, the Metropolitan Police Service, Financial Conduct Authority e Cifas, cfr. anche RUSI, *op. cit.*, p. 13; The White Collar Crime Centre, *Money Laundering: Information Sharing and the Extended Moratorium Period*, Briefing Papers September 2017, p. 8 ss. Lo scambio di informazioni all'interno di JMLIT trova, almeno in parte, basi giuridiche nella legislazione inglese, cfr. Section 7, Crime and Courts Act, 2013 c 22, del 25 aprile 2013.

Tendenzialmente, le informazioni condivise nel JMLIT deve rimanere all'interno del gruppo. Tuttavia, tramite l'intervento della National Crime Agency, che partecipa in via istituzionale alla PPP, i dati scambiati possono essere in via eccezionale utilizzati anche a fini di indagine. Il gruppo persegue quindi sia fini di *intelligence*, sia, all'occorrenza, prettamente processuali.

Ibrida è anche la classificazione del modello rispetto alla tipologia di dati condivisi, che possono includere sia modelli di rischio, sia dati personali. In questo senso, il funzionamento del JMLIT prevede di solito un *input* da parte delle autorità pubbliche, spesso legato ad attività di indagini in corso. I rappresentanti delle istituzioni finanziarie verificano quindi nei loro *database* interni la posizione degli indagati e forniscono riscontri alle autorità⁽⁴¹⁾. Per incentivare lo scambio di informazioni, la normativa inglese esplicitamente esclude che una simile condotta possa costituire una violazione degli obblighi di riservatezza comunque imposti ai privati⁽⁴²⁾.

Altro esempio interessante di PPP con una certa esperienza alle spalle è quello statunitense, costruito sulla base del famigerato USA PATRIOT Act, la legislazione, originariamente emergenziale, approvata in reazione dell'attacco terroristico dell'11 settembre 2001⁽⁴³⁾.

Rispetto al sistema inglese, il modello americano prevede un ruolo centrale della FIU, che negli Stati Uniti ha natura amministrativa ed è rappresentata dalla FinCEN, interna al Ministero del Tesoro⁽⁴⁴⁾. Inaugurato nel 2017, il *FinCEN Exchange Program* si snoda in due canali principali.

Il primo mette in comunicazione, per il tramite della FinCEN, forze dell'ordine, agenzie federali e statali e, potenzialmente, estere, con le istituzioni finanziarie statunitensi. Il modello prevede una composizione variabile, che può variare a seconda delle specifiche esigenze, sulla base di decisioni discrezionali della FIU⁽⁴⁵⁾.

(41) M. LEVI, L. GELEMEROVA, *The Anti-Money Laundering Architecture of the United Kingdom*, in B. VOGEL, J.-B. MAILLART (eds.), *National and International Anti-Money Laundering Law*, cit., p. 652.

(42) Section 7(8), Crime and Courts Act.

(43) D. CARLISLE, *Targeting Security Threats Using Financial Intelligence: The US Experience in Public-Private Information Sharing Since 9/11*, in *RUSI Occasional Papers*, April 2016.

(44) Cfr. <https://www.fincen.gov/>.

(45) Ad esempio, su quali istituti finanziari invitare (così come, presumibilmente, su quali autorità coinvolgere, specie se non statunitensi) e sulla tipologia di dati da condividere.

Lo scopo di questi incontri è essenzialmente quello di consentire alle autorità di verificare se i privati sono in possesso di informazioni rilevanti nell'ambito AML/CFT.

Il *Program* prevede la diffusione di modelli di rischio, che aiutino gli operatori finanziari a raffinare le proprie capacità di segnalazione; anche l'analisi di casi individuali o di specifici filoni di indagini è però una finalità specificamente contemplata. In tal caso, attraverso FinCEN, le autorità inviano richieste specifiche, contenenti dati identificativi personali, alle istituzioni finanziarie potenzialmente rilevanti. Gli operatori finanziari hanno due settimane entro cui eventualmente comunicare alla FinCEN i riscontri significativi⁽⁴⁶⁾.

Ciò premesso, i dati così raccolti possono formalmente essere usati solo per identificare e segnalare possibili operazioni sospette⁽⁴⁷⁾. Le linee guida elaborate dalla FinCEN specificano ulteriormente che il PPP non può essere utilizzato dalle autorità per sottrarsi ad istituzioni processuali come i *subpoena*⁽⁴⁸⁾.

Il meccanismo, infatti, potrebbe potenzialmente rendere obsoleti sia i tradizionali strumenti di controllo giudiziario, sia i meccanismi di circolazione probatoria, domestici e internazionali. Come già indicato, peraltro, questa motivazione non è certo estranea alle ragioni che hanno portato alla creazione della PPP oltreoceano. In tal senso, la necessità per la FIU di ricordare i limiti del sistema pare significativa, se non sintomatica, di un diffuso tentativo di applicare il programma FinCEN in chiave "eversiva".

Il secondo meccanismo PPP statunitense, più recente, consiste in un programma ad adesione volontaria, che consente alle istituzioni finanziarie di condividere informazioni fra loro per identificare e, se del caso, segnalare, possibili attività sospette.

Questo modello ricalca quindi in modo più autentico la definizione di PPP illustrata in apertura: esso prevede un ruolo meno centrale della FIU e delle altre autorità, proponendo una sorta di piattaforma "paritaria" agli operatori finanziari⁽⁴⁹⁾. Anche in questo contesto, i partecipanti possono condividere, senza particolari formalità, sia *typologies*, sia dati personali⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. FinCEN, *FinCEN Launches "FinCEN Exchange" to Enhance Public-Private Information Sharing*.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. Section 314(a)(5), USA PATRIOT ACT.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. FinCEN, *314(a) Fact Sheet*, 23 febbraio 2021.

⁽⁴⁹⁾ RUSI, *Occasional Paper*, cit., p. 14 e FinCEN, *314(a) Fact Sheet*, cit. e FinCEN, *314(b) Fact Sheet*, dicembre 2020.

⁽⁵⁰⁾ Section 314(b), USA PATRIOT ACT, cfr. FinCEN, *314(b) Fact Sheet*, cit.

La condivisione di informazioni all'interno di tale meccanismo è, per legge, scrinata da possibili profili di responsabilità per il privato, ad esempio per violazione del segreto professionale. A tal fine, non è richiesto che i dati scambiati siano effettivamente sintomatici di operazioni sospette, purché sussistano *reasonable bases* di ritenerlo. Altre condizioni devono però essere rispettate: l'operatore finanziario deve registrarsi presso il *Secure Information Sharing System* gestito dalla FIU e offrire garanzie adeguate per la conservazione confidenziale delle informazioni ricevute. Queste ultime, infine, non possono essere utilizzate al di fuori degli scopi (peraltro ampi) del settore AML/CFT. A differenza del primo, lo scopo di questo tipo di PPP resta infatti più focalizzato sul miglioramento delle capacità di segnalazione dei privati⁽⁵¹⁾.

Esempi significativi di PPP sono osservabili anche in diversi paesi dell'Europa continentale, che hanno, in tempi recenti, iniziato a sperimentare, o già istituito, forme di cooperazione pubblico-privata AML/CFT⁽⁵²⁾. Fra questi, particolarmente significativo è il caso francese, indicativo dell'influenza esercitata dalle organizzazioni internazionali e soprattutto dalla FATF.

Come ricordato, sebbene non richiedano esplicitamente la creazione di meccanismi PPP, le *Recommendations* della Task Force affermano chiaramente che le istituzioni finanziarie dovrebbero essere poste nelle condizioni di scambiarsi informazioni rilevanti di *customer due diligence*⁽⁵³⁾. Queste raccomandazioni hanno iniziato ad essere prese particolarmente sul serio in Europa soprattutto a partire dagli attentati terroristici del 2015, che hanno drammaticamente mostrato quanto gli ostacoli, giuridici e culturali, alla cooperazione effettiva fra Paesi li rendano vulnerabili.

A partire dal 2016, si sono dunque introdotte in Francia le basi giuridiche necessarie a realizzare una PPP nel settore AML/CFT⁽⁵⁴⁾ e la PPP, denominata *Comité «Lutte contre le Financement du Terrorisme»*, è stata realizzata nel 2019. Sebbene le informazioni pubbliche al riguardo siano ancora piuttosto limitate⁽⁵⁵⁾, anche il modello francese prevede un ruolo

⁽⁵¹⁾ Id., riferendosi a 31 CFR 1010.540.

⁽⁵²⁾ Si vedano, in tal senso l'*Initiative* austriaca, l'*Anti Financial Crime Alliance* (AFCA) tedesca, il *Cooperation Coordination Group* (CCG) lettone o l'olandese *Terrorist Financing Taskforce* e *Serious Financial Crime Task Force*, cfr. RUSI, *Occasional Paper*, cit., p. 26 ss.

⁽⁵³⁾ Cfr. Recommendations 17, FATF, *International standards*, cit.; v. anche The White Collar Crime Centre, *Money Laundering*, cit., p. 8 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Art. L561-26, come modificato dalla Ordonnance n. 2016-1635 del 1.12.2016.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. TRACFIN, *Rapport annuel d'activité 2019*, p. 19.

centrale della FIU. La PPP inoltre prevede incontri mensili fra gli operatori finanziari, rappresentanti di circa l'80% delle principali istituzioni finanziarie del paese.

5. La situazione in Italia.

In Italia non si osservano meccanismi di cooperazione pubblico-privata paragonabili a quelli presenti negli ordinamenti sopra esaminati. Ciò nonostante, la questione dell'uso di PPP a fini AML/CFT non è estranea al nostro Paese, per almeno due ordini di ragioni.

Da un lato, almeno sotto alcuni profili, il contesto domestico non è troppo dissimile alle situazioni che, in altri Stati, ha dato luogo alla creazione delle PPP. Anche in Italia, infatti, si riscontrano negli ultimi anni aumenti significativi nel numero delle segnalazioni di operazioni sospette, a fronte di un immutato impiego di risorse nella FIU nazionale (Unità di informazione finanziaria-UIF, presso la Banca d'Italia) ⁽⁵⁶⁾. Le preoccupazioni relative all'efficienza e alla sostenibilità dei meccanismi di segnalazione AML/CFT, già illustrate in precedenza rispetto ad altre giurisdizioni, possono quindi ben riferirsi anche al nostro ordinamento.

Al tempo stesso, almeno taluni modelli di PPP potrebbero trovare fondamento nella legge italiana, senza bisogno di interventi a livello legislativo. L'articolo 41 del decreto legislativo 231/2007, infatti, pone già alcune basi giuridiche per la diffusione di *typologies* verso le entità obbligate ⁽⁵⁷⁾. Tale condivisione avviene oggi tramite la pubblicazione dei rapporti annuali della UIF e, pur in mancanza di informazioni pubbliche in merito, possibilmente attraverso il portale informatico riservato gestito da quest'ultima ⁽⁵⁸⁾. Anche nel nostro ordinamento, quindi, le *compliance* PPP potrebbero avere un potenziale, per aumentare l'efficienza del flusso informativo.

L'interesse in questo senso trova conferma nella partecipazione dell'Italia, insieme ad altri quattordici Stati, al progetto di PPP sviluppato da Europol (EFIPPP) a partire dal 2017. Fondata sulla IV Direttiva AML/CFT, l'EFIPPP è una piattaforma di incontro fra autorità pubbliche (forze

⁽⁵⁶⁾ Banca d'Italia, UIF, Rapporto Annuale 2019, Roma, maggio 2020, p. 126, da cui si rileva come, a fronte di un aumento significativo delle SOS, il personale addetto è rimasto pressoché invariato.

⁽⁵⁷⁾ D.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, normativa che definisce, fra l'altro, i poteri della FIU italiana.

⁽⁵⁸⁾ *InfoStat-UIF*, recentemente aggiornato, cfr. UIF, Rapporto Annuale 2019, cit., p. 127 ss.

di polizia, FIU, autorità di vigilanza finanziaria o bancaria) e almeno venticinque istituzioni finanziarie ⁽⁵⁹⁾.

L'obiettivo dell'EFIPPP è quello di facilitare lo scambio di *typologies* e, mettendo insieme l'esperienza di diversi contesti nazionali, definire priorità condivise a livello UE per elaborare indicatori di rischio comuni e mappe delle aree geograficamente più soggette a tali fenomeni. La posizione di Europol, in questo contesto, è ovviamente ottimale: essendo già al centro della rete europea di contatti fra forze dell'ordine, l'Agenzia, con la sua struttura flessibile, è in grado di fungere da centro di aggregazione dei diversi attori coinvolti nelle *policy* AML/CFT.

Esperienze di PPP non sono, peraltro, totalmente estranee al nostro ordinamento, sebbene non nelle forme sopra illustrate. Un esempio interessante, in questo senso, è quello proposto da Leonardo S.p.A., ex Finmeccanica, la più importante azienda italiana specializzata in aerospazio, difesa e sicurezza, controllata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Secondo le (limitate) informazioni pubbliche disponibili, Leonardo S.p.A. avrebbe lanciato diverse iniziative di cooperazione pubblico-privato nel campo della *cybersecurity*, concentrandosi soprattutto sullo scambio di informazioni sulle minacce informatiche e sulla loro gestione e valutazione ⁽⁶⁰⁾.

Le finalità di queste PPP, che vedono coinvolti partecipanti nazionali ed europei di diversa provenienza, hanno molti tratti in comune con i modelli già analizzati. Sebbene non prevedano la presenza necessaria di autorità di contrasto (preventive o repressive), esse mirano infatti a condividere competenze tra i partecipanti, elaborare una tassonomia di indicatori di rischio della minaccia cibernetica e condividere tali informazioni attraverso una piattaforma di scambio di informazioni.

6. Possibili scenari e probabili criticità.

Alla luce della breve analisi precedente, è possibile trarre alcune conclusioni che, seppure in modo non esaustivo, tracciano alcune direttrici sulla opportunità di sviluppo dei modelli PPP.

⁽⁵⁹⁾ Insieme ad Australia, Austria, Belgio, Francia, Germania, Ungheria, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Spagna, Svizzera, Regno unito e Stati uniti, cfr. N. MAXWELL, *Future of Financial Intelligence Sharing (FFIS) research programme 'Five years of growth in public-private financial information-sharing partnerships to tackle crime'*, RUSI, FFIS programme, 18 agosto 2020, p. 79 ff; S. RIONDET, *The value*, cit., p. 152 ss. Cfr. Art. 45(8), Direttiva (UE) 2015/849, del 20 maggio 2015, cit.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. <https://www.leonardocompany.com/en/home>.

Innanzitutto, seppure spesso presentate come soluzioni *win-win*⁽⁶¹⁾, anche le PPP non si sottraggono al principale limite di tutti i meccanismi di cooperazione: la necessità di una certa fiducia reciproca fra i partecipanti⁽⁶²⁾. In tal senso, l'effettività dello scambio di informazioni può risentire sia del riserbo delle autorità, ad esempio per ragioni legate al segreto investigativo; sia del timore degli operatori finanziari nel rivelare informazioni sensibili sui propri clienti e, non da ultimo, potenziali lacune nelle proprie strutture preventive interne.

Si devono poi fare distinzioni a seconda del tipo di PPP: non tutti i modelli presentano, infatti, le stesse criticità e, mentre alcuni risultano implementabili senza particolari difficoltà, anche nel nostro ordinamento, altri appaiono al contrario alquanto problematici.

Nella prima categoria rientrano, innanzitutto, le *compliance* PPP. A prescindere dal tipo di autorità coinvolta (autorità giudiziaria, forze di polizia, FIU), l'introduzione di questi meccanismi può infatti avere un impatto positivo, affinando le capacità dei privati di identificare operazioni sospette e, in conseguenza, quelle delle autorità di contrasto di prevenire o reprimere i fenomeni di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

La condivisione di *typologies*, invece che di dati personali, consente di non sollevare particolari problemi relativi alla tutela dei dati personali o ai diritti di difesa degli individui cui tali informazioni si riferiscono⁽⁶³⁾. L'introduzione di siffatti meccanismi potrebbe essere quindi salutata come una soluzione per aumentare le capacità di prevenzione verso reati particolarmente gravi, riducendo, sia per la parte privata che per quella pubblica, lo sforzo nell'identificare e poi esaminare una mole significativa di dati⁽⁶⁴⁾.

(61) O. BURES, *Public-private partnerships*, cit., p. 431.

(62) Secondo un meccanismo che riproduce il paradosso dell'uovo e della gallina, giacché: «trust can only be developed through collaboration, which in turn also depends on trust», cfr. M. DUNN-CAVELTY, M. SUTER, *Public-Private Partnerships are no silver bullet: An expanded governance model for Critical Infrastructure Protection*, in *Int J Crit Infra Prot*, 2009, 2(4), pp. 179-187.

(63) S. RIONDET, *The value*, cit., p. 150.

(64) Alcuni autori, tuttavia, non mancano di sottolineare criticità strutturali relative all'essenza stessa del meccanismo PPP, sulla base della fondamentale «dissonance between the logic of security of public agencies and the logic of profit of private companies», cfr. E. LEE, *Homeland security and private sector business: Corporation's role in critical infrastructure Protection*, New York: CRC Press, 2009. V. anche O. BURES, *Public-private partnerships*, cit., p. 443 e B. VOGEL, *Reinventing*, cit., pp. 890-91. La prospettiva di escludere i privati dalle policy AML/CFT o anche di ridurne in modo significativo il ruolo nella prevenzione di tali reati non pare, tuttavia, verosimile nell'attuale contesto di globalizzazione dei mercati finanziari.

D'altro canto, l'impatto di simili sistemi di cooperazione non deve neppure essere sovrastimato. La selezione e poi l'analisi dell'enorme quantità di dati a disposizione degli operatori finanziari appare infatti sempre meno un compito a misura d'uomo, né da parte dei privati, né, tantomeno, delle autorità pubbliche, costantemente rallentate dalla mancanza di personale sufficiente. Per produrre un effetto significativo in termini di miglioramento delle capacità preventive e repressive, appare infatti ormai imprescindibile l'adozione di tecnologie algoritmiche o di intelligenza artificiale. Solo tali strumenti sembrano oggi in grado di far fronte alla dimensione globale del mercato finanziario e alla corrispondente produzione di informazioni⁽⁶⁵⁾.

A conclusioni opposte deve giungersi invece per le PPP di tipo *investigative*, che prevedono il coinvolgimento di autorità giudiziarie o della polizia giudiziaria.

Questi modelli di cooperazione paiono infatti in netto contrasto con gli obblighi derivanti dal segreto investigativo, sia a livello normativo, sia ove rimessi esclusivamente alla discrezionalità degli inquirenti. Sebbene non del tutto teorico, l'interesse dell'autorità giudiziaria nel rivelare dati sensibili individualizzanti su *base sistematica o regolare* sembra infatti piuttosto limitato, a fronte della necessità di non pregiudicare il risultato di indagini in corso.

Ciò è tanto più vero in un ordinamento come il nostro, in cui, almeno tendenzialmente, è prevista una stretta separazione fra procedimento penale e altri tipi di accertamenti, nonché, in ogni caso, un filtro all'utilizzo degli elementi raccolti in fase di indagine durante il giudizio. In simili contesti, l'utilità di tali PPP dovrebbe limitarsi, per la parte pubblica, alla raccolta di eventuali *notitiae criminis*. Poiché queste ultime non sono, però, soggette a particolari vincoli, non si vede quale sarebbe il valore aggiunto nella introduzione di un meccanismo di cooperazione a ciò finalizzato, specialmente a fronte del rischio — ben più elevato — di rivelare agli operatori finanziari dati che la pendenza delle indagini richiederebbe di mantenere confidenziali.

Più complesso è l'esame degli altri due modelli PPP presi in considerazione: quelli *investigative* che vedono la partecipazione della FIU o di forze dell'ordine che agiscono nella loro veste preventiva.

⁽⁶⁵⁾ V.S. RIONDET, *The value*, cit., p. 150. L'applicazione di tali tecnologie non è peraltro nuova nel campo della lotta ai reati finanziari, cfr., fra tutti, F. CONSULICH, *Il nastro di Möbius. Intelligenza Artificiale e imputazione penale nelle nuove forme di abuso del mercato*, in *Banca Bor. Tit. Cred.*, 2, 2018, p. 195.

Oltre ai dubbi generali già evidenziati, la principale criticità, soprattutto nell’ottica del processual-penalista, risiede qui nella possibilità che queste nuove forme di cooperazione incentivino in modo consistente i cosiddetti *de-risking behaviours*.

Con questa espressione ci si riferisce alla scelta, da parte dell’istituzione finanziaria, di agire in via preventiva direttamente sulla base delle informazioni specifiche fornite dall’autorità giudiziaria, incidendo in modo significativo sui diritti del “presunto terrorista o riciclatore”. Ciò può avvenire, ad esempio, decidendo di non aprire un nuovo deposito, o, in modo più problematico, chiudendo un conto corrente già in atto, o bloccando operazioni finanziarie determinate⁽⁶⁶⁾.

Tali comportamenti sono di solito posti in essere dagli operatori finanziari con la stessa ottica già illustrata in precedenza riguardo alla “volontaria” partecipazione ai meccanismi PPP. Al fine di mostrarsi particolarmente virtuosi davanti alle autorità, giudiziarie o di vigilanza, e per ridurre eventuali profili di responsabilità dell’ente, questi ultimi possono infatti sentirsi incoraggiati ad adottare atteggiamenti proattivi.

Fenomeni di questo genere, talvolta già osservabili nei modelli PPP esistenti⁽⁶⁷⁾ aprono, o meglio ripropongono, il delicato problema di individuare confini chiari fra la libertà negoziale di enti privati “particolari”, quali gli istituti finanziari, e le potestà sanzionatorie delle autorità pubbliche. Se poi, come spesso accade, le decisioni dell’operatore finanziario, ad esempio della banca, sono da ricondursi in via principale o esclusiva all’apporto conoscitivo fornito dalla autorità pubblica, queste nuove forme di cooperazione possono tradursi anche in una sorta di esternalizzazione del processo penale che sfugge ad ogni regolamentazione normativa.

In altre parole, non sfugge come, attraverso tali meccanismi, le autorità potrebbero ottenere effetti simili a quelli ottenibili con l’adozione di talune misure di prevenzione, senza però dover ottemperare ai relativi limiti statutari. L’ambiguità di tale potenziale ha quindi ripercussioni importanti sui diritti del soggetto penalizzato, a partire da quelli di proprietà e di difesa.

Ciò pone un problema, innanzitutto, relativamente alla possibilità stessa di eccepire eventuali violazioni. L’individuo rischia infatti di non riuscire nemmeno ad identificare in modo ragionevole davanti a quale auto-

⁽⁶⁶⁾ B. VOGEL, *Reinventing*, cit., p. 960 ss.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. M. BRE, L. CATO, R. DELISLE WORRELL, *Credibility, Reputation and De-Risking in Global Banking: Evidence from a Theoretical Model*, in *J Glob Dev* 2020, 10, 2, p. 1 ss.

rità potersi rivolgere, frustrando al tempo stesso sia il diritto di accesso alla giustizia che quello ad un rimedio effettivo.

Soprattutto in caso di misure che riducono facoltà già nella disponibilità del “potenziale terrorista o riciclatore”, questi subisce inoltre un trattamento sanzionatorio senza che vi sia stato in precedenza alcun accertamento di colpevolezza, tantomeno definitivo. L’applicazione di modelli PPP di questo tipo, quindi, si pone anche in contrasto con la presunzione di innocenza⁽⁶⁸⁾.

Cela va sans dire che la possibilità di adottare provvedimenti sulla base di dati personali trasmessi dalle autorità in assenza di una precisa normativa a riguardo si concretizza anche in potenziali violazioni della normativa privacy. La compatibilità di questi meccanismi PPP all’interno dell’UE, in tal senso, è già stata negata in radice dal Garante europeo dei dati personali, che ha più volte escluso la legittimità di operazioni di esternalizzazione delle funzioni di *enforcement* in capo ai privati⁽⁶⁹⁾.

L’emergere di potenziali violazioni sotto entrambi i profili solleva, inoltre, un ulteriore profilo critico, originato dalla mancanza di coordinamento fra le conseguenze per violazioni (e rimedi) della normativa processuale penale con quelle per violazioni (e rimedi) della normativa privacy. Tale criticità non è ovviamente limitata a situazioni che coinvolgono le PPP. In questo contesto, però, essa si rivela in modo particolarmente esplicito, mettendo in luce le contraddizioni di un sistema di giustizia penale ancora troppo poco attento alle ricadute derivanti dalla inosservanza di uno dei diritti più centrali nell’attuale società digitale.

L’introduzione di queste PPP è infine ulteriormente complicata da possibili profili discriminatori: non è infatti illogico pensare che i *de-risking behaviour* siano applicati soprattutto a clienti, o potenziali clienti, dalle ridotte capacità economiche. In altre parole, che gli operatori finanziari siano disposti a tollerare margini di rischio elevati (solo) per capitali consistenti.

⁽⁶⁸⁾ O. BURES, *Public-private partnerships*, cit., p. 442: «many of the existing mechanisms for listing and delisting of both individuals and groups considered to be terrorist still do not meet internationally recognized human rights standards, which include the right to judicial review, the right to procedural fairness, the right to be heard, and the right to judicial remedy. None of this encourages the private sector actors to share information with public authorities».

⁽⁶⁹⁾ «Under no circumstances, a private subject is, either formally or informally, directly or indirectly, entrusted with an enforcement role», EDPS, Opinion 5/2020 del 23.07.2020, par. 42 e Opinion 1/2017, par. 16.

Sotto i più diversi profili, quindi, tali *Public-Private Partnerships* ripropongono, con una veste diversa, il tema classico della tenuta dei principi costituzionali e dei valori fondanti della giustizia penale.

Il nostro ordinamento è stato sinora risparmiato da simili evoluzioni. A fronte del crescente successo di queste PPP in giurisdizioni anche a noi vicine, però, è difficile prevedere se, o quanto a lungo, le argomentazioni illustrate potranno risultare efficaci nell'arginarne l'espansione. Si pensi, ad esempio, a ciò che potrebbe avvenire nella scongiurata ipotesi di un attentato terroristico anche nel nostro Paese.

Iniziare a studiare il fenomeno già oggi, isolandone i tratti da non sottovalutare, può essere un primo passo nella giusta direzione.

Bibliografia

- Banca d'Italia, Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia (UIF), *Rapporto Annuale 2019*, Roma, maggio 2020, p. 1-146.
- BEXELL M., MÖRTH U. (eds.), *Democracy and Public-Private Partnerships in Global Governance*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2010.
- BERGSTRÖM M., SVEDBERG HELGESSON K., MÖRTH U., *A new role for for-profit actors? The case of anti-money laundering and risk management*, in *J Com Mark St*, 2011, 49(5), pp. 1043-1064.
- BOERZEL T.A., T. RISSE, *Public-private partnerships: Effective and Legitimate Tools of Transnational Governance?*, in E. Grande, L.W. Pauly (eds.) *Complex sovereignty: On the reconstitution of political authority in the 21st century*, University of Toronto, Toronto-Buffalo-London, 2002, pp. 1-22.
- BREI M., CATO L., DELISLE WORRELL R., *Credibility, Reputation and De-Risking in Global Banking: Evidence from a Theoretical Model*, in *J Glob Dev* 2020, 10, 2, p. 1 ss.
- BRIGANTE V., *The troubled development of the public-private partnership in the Italian administrative law. Its persistent relation with the notion of economic risk and critical reflection about the proper implementation of the idea of flexibility*, in *Riv. It Dir. Pub. Com.*, 3, 2019, p. 357 ss.
- BURES O., *Public-private partnerships in the fight against terrorism?*, in *Cr L Soc Change*, 2013, 60, pp. 429-455.
- CAIANIELLO M., *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Giappichelli, Torino, 2003.
- CAIANIELLO M., *Dangerous Liaisons. Potentialities and risks deriving from the interaction between Artificial Intelligence and preventive justice*, in *ECCL*, 2021, 29, 1, pp. 1-23.
- CARLISLE D., *Targeting Security Threats Using Financial Intelligence: The US Experience in Public-Private Information Sharing Since 9/11*, in *RUSI Occasional Papers*, April 2016.
- COLLIER S.J., LAKOFF A., *The vulnerability of vital systems: How critical infrastructure became a security problem*, in M.D. Cavelty, K.S. Kristensen (eds.), *Securing 'the homeland': Critical infrastructure, risk and (In)security*, Routledge, London, 2008, pp. 17-39.

- CONSULICH F., *Il nastro di Möbius. Intelligenza Artificiale e imputazione penale nelle nuove forme di abuso del mercato*, in *Banca Bor. Tit. Cred.*, 2, 2018, pp. 195-234.
- CRISANTO J.C., PRENIO J., *Financial crime in times of Covid-19-AML and cyber resilience measures*, FSI Briefs, 7, Maggio 2020.
- DE HEER S., *Private Involvement in Autonomous Decision-Making Exercising Public Tasks and the Good Administration: a need for further research*, in *Eur L Blog*, 26.02.2021.
- DEMPSEY J.S., *Introduction to private security*, Wadsworth, Belmont, 2011.
- DEN BOER M., HILLERBRAND C., NÖLKE A., *Legitimacy under pressure: The European web of counter-terrorism networks*, in *J Com Mark St*, 2008, 46(1), pp. 101-124.
- DONOHUE L.K., *The cost of counterterrorism: Power, politics, and liberty*, CUP, Cambridge, 2008.
- DUNN-CAVELTY M., SUTER M., *Public-Private Partnerships are no silver bullet: An expanded governance model for Critical Infrastructure Protection*, in *Int J Crit Infr Prot*, 2009, 2(4), pp. 179-187.
- FAVAREL-GARRIGUES G., GODEFROY T., LASCOUMES P., *Reluctant partners? Banks in the fight against money laundering and terrorism financing in France*, in *Sec Dial*, 2011, 42(2), pp. 179-196.
- FORMAN M., *Combating terrorist financing and other financial crime through public sector partnerships*, in *Journal of Money Laundering Control*, 2006, 9(1), pp. 112-118.
- GEIGER H., WUENSCH O., *The fight against money laundering-an economic analysis of a cost-benefit paradoxon*, in *J Mon Laund Control*, 2007, 10(1), pp. 91-105.
- GOTTSCHALK T., *The Data-Laundromat? Public-Private-Partnerships and Publicly Available Data in the Area of Law Enforcement*, in *EDPL*, 1, 2020, pp. 21-40.
- GRUSZCZAK A., *EU Criminal Intelligence Model-Problems and Issues*, in J.B. Banach-Gutierrez, C. Harding (eds.), *EU Criminal Law and Crime Policy. Values, Principles and Methods*, Routledge, London-New York, 2016, pp. 149-167.
- HARVEY J., LAU F., *Crime-money, reputation and reporting*, in *Crim L Soc Change*, 2009, 52, pp. 57-72.
- International Monetary Fund & World Bank, *Financial intelligence units: an overview*, Washington, D.C., 2004.
- KING R., *The regulatory state in an age of governance*, Macmillan, London, 2007.
- KRAHMANN E., *Security governance and networks: new theoretical perspectives in transatlantic security*, in *Camb Rev Int Affairs*, 2005, 18(1), pp. 15-29.
- LEE E., *Homeland security and private sector business: Corporation's role in critical infrastructure Protection*, CRC Press, New York, 2009.
- LINDER S.H., ROSENAU P.V., *Mapping the terrain of the public-private policy partnership*, in P.V. Rosenau (Ed.), *Public-private policy partnerships*, MIT Press, Cambridge, 2000, pp. 1-18.
- MAXWELL N., *Future of Financial Intelligence Sharing (FFIS) research programme 'Five years of growth in public-private financial information-sharing partnerships to tackle crime'*, RUSI, FFIS programme, 18 agosto 2020, pp. 1-85.
- MINOW M., *Public and private partnerships. Accounting for the new religion*, in *Harv L Rev*, 2003, 116(1), pp. 1229-1270.

- MUSAH A.-F., *Privatization of security, arms proliferation and the process of state collapse in Africa*, in *Dev Change*, 2002, 33(5), pp. 911-933.
- ORTIZ C., *Private armed forces and global security: A guide to the issues*, Praeger, Santa Barbara, 2010.
- PETERSEN K.L., *Risk, responsibility and roles redefined: Is counterterrorism a corporate responsibility?*, in *Camb Rev Int Affairs*, 2008, 21(3), pp. 403-420.
- PURTOVA N., *Between the GDPR and the Police Directive: navigating through the maze of information sharing in public-private partnerships*, in *Int Data Priv L*, 2018, Vol. 8, 1, pp. 52-68.
- RIONDET S., *The value of public-private partnerships for financial intelligence*, in *J Fin Compl*, 2018, 2, 2, pp. 148-154.
- Royal United Services Institute for Reference and Securities Studies (RUSI), MAXWELL N.J., ARTINGSTALL D., *Occasional Paper, The role of financial information-sharing partnerships in the disruption of crime*, October 2017.
- SVEDBERG HELGESSON K., *Public-Private Partners Against Crime: Governance, Surveillance and the Limits of Corporate Accountability*, in *Surv & Soc*, 2011, 8(4), pp. 471-484.
- TAVARES C., THOMAS G., ROUDAUT M., *Money laundering in Europe: Report of work carried out by Eurostat and DG Home Affairs*, Eurostat Methodologies and Working Paper. EC, 2010.
- TAKATS E., *A theory of crying wolf: The economics of money laundering enforcement*, IMF Work paper, 2007, 07/81.
- The White Collar Crime Centre, *Money Laundering: Information Sharing and the Extended Moratorium Period*, Briefing Papers September 2017, pp. 1-20.
- VERHAGE A., *Between the hammer and the anvil? The anti-money laundering-complex and its interactions with the compliance industry*, in *Crim L Soc Change*, 2008, 52, pp. 9-32.
- VERKUIL P.R., *Outsourcing sovereignty*, CUP, Cambridge, 2007.
- VERVAELE J.A.E., *Terrorism and information sharing between the intelligence and law enforcement communities in the US and the Netherlands: emergency criminal law?*, in *Rev int droit pén*, 2005, 3-4, Vol. 76, pp. 409-443.
- VLCEK W., *Securitization beyond borders: Exceptionalism inside the EU and impact on policing beyond borders European measures to combat terrorist financing and the tension between liberty and security* in *Chal Work Paper*, 2005, 2, pp. 333-356.
- VOGEL B., MAILLART J.-B. (eds.), *National and International Anti-Money Laundering Law. Developing the Architecture of Criminal Justice, Regulation and Data Protection*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2020.
- WEBBER M., CROFT S., HOWORTH J., TERRIFF T., KRAHMANN E., *The governance of European Security*, in *Rev Int St*, 2004, 30(1), pp. 3-26.
- YEANDLE M., MAINELLI M., BERENDT A., HEALY B., *Anti-money laundering requirements: Costs, Benefits and Perceptions*, Corporation of London, 2005.

PIETRO SORBELLO

**LA COLLABORAZIONE PUBBLICO-PRIVATO
NELLA PROSPETTIVA ANTIRICICLAGGIO.
L'OBBLIGO DI SEGNALARE LE OPERAZIONI SOSPETTE
COME STRUMENTO DI POLITICA CRIMINALE**

SOMMARIO: 1. Il riciclaggio e la dimensione economica quale criterio euristico del bene giuridico e delle scelte di politica criminale. — 2. L'obbligo di segnalare le operazioni sospette. — 2.1. Inquadramento. — 2.2. Il sospetto e l'indizio del riciclaggio. Lo spartiacque dell'art. 220 disp. att. c.p.p. — 2.3. L'illecito amministrativo dell'omessa segnalazione (cenni). — 3. Segnalazione e posizione di garanzia. Ammissibilità e limiti del concorso per omissione nel delitto di riciclaggio. — 4. Alcuni dati, in conclusione.

1. Il riciclaggio e la dimensione economica quale criterio euristico del bene giuridico e delle scelte di politica criminale.

L'obbligo di segnalare le operazioni sospette di riciclaggio esprime per antonomasia il principio della collaborazione attiva, sulla quale è fondata la partnership pubblico-privata che garantisce il necessario controllo diffuso a tutela della stabilità e reputazione del sistema economico.

Proprio la dimensione economica rappresenta un duplice criterio euristico del bene giuridico e delle scelte di politica criminale.

Quanto al bene giuridico, sul piano economico il riciclaggio consente infatti di trasformare un flusso di potere d'acquisto potenziale (non direttamente utilizzabile perché illecitamente formatosi e quindi aggredibile) in potere d'acquisto reale, con l'effetto di distorcere la concorrenza⁽¹⁾. Questa prospettiva deve però coordinarsi con l'angusta classificazione della fattispecie fra i reati contro il patrimonio, tradizionalmente spiegata per l'ef-

⁽¹⁾ L'immissione nel mercato di proventi illeciti genera effetti distorsivi per la concorrenza «falsata dalla sottrazione dei proventi illeciti alla legge della correlazione tra costi e profitto, gravante, invece, sugli operatori onesti e, dall'altro, risulta in grado di innescare ulteriori effetti criminogeni, ponendosi, così, quale grave ostacolo allo sviluppo economico». Così A. PALMA, *La fattispecie codicistica di riciclaggio*, in C. BERNASCONI, F. GIUNTA (a cura di), *Riciclaggio e obblighi dei professionisti*, Milano, 2011, p. 104.

fetto di aggravamento del danno connessa alla circolazione che rende più difficoltoso il recupero del bene⁽²⁾.

Se questa classificazione fornisce una prima indicazione sul bene giuridico, nel caso del riciclaggio non è dirimente per la capacità plurioffensiva dell'incriminazione: occorre pertanto considerare ulteriori interessi desumibili dall'intero ordinamento penale, rilevando beni giuridici collettivi quali l'amministrazione della giustizia⁽³⁾, l'ordine pubblico economico⁽⁴⁾ e la libera concorrenza⁽⁵⁾, aventi comunque autonoma rilevanza costituzionale: da qui l'accreditamento, anche in seno alla giurisprudenza, della natura plurioffensiva della fattispecie di riciclaggio⁽⁶⁾.

Ulteriori indicazioni provengono dall'intitolazione del d.lgs. 231/2007, sulla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio, che consente di introdurre un rapporto di seriazione⁽⁷⁾ tra l'integrità del sistema e l'interesse sotteso all'osservanza dei singoli obblighi antiriciclaggio

(2) Il danno che il riciclaggio arreca al patrimonio è stato spiegato sulla base della perpetuazione della lesione, intesa come l'effetto di aggravamento del danno per il titolare del bene «in quanto il passaggio del bene da un soggetto ad un altro ne rende più complesso il recupero». In questi termini S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1998, p. 134.

(3) Si veda V. MILITELLO, *Patrimonio* (delitti contro il), in *Digesto disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 289, nonché D. FONDAROLI, *Riciclaggio e gestione del flusso degli affari illeciti*, in A. BARGI (a cura di), *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013, p. 525. Ritiene non leda l'amministrazione della giustizia e che, al contrario, la circolazione del bene agevoli la sua individuazione S. SEMINARA, *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2005, p. 241. L'orientamento che vede anche l'amministrazione della giustizia tra gli interessi tutelati appare confortato dalla finalità sottostante agli obblighi di conservazione di cui all'art. 31, primo comma, del d.lgs. n. 231/2007, a norma del quale «i soggetti obbligati conservano i documenti, i dati e le informazioni utili a prevenire, individuare o accertare eventuali attività di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo e a consentire lo svolgimento delle analisi effettuate, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, dalla UIF o da altra Autorità competente».

(4) Sul tema si rinvia a S. SEMINARA, *I soggetti attivi*, cit., p. 241.

(5) Secondo Corte cost., 16 dicembre 1982, n. 223, in *Leggi d'Italia*.

(6) «A dispetto, infatti, dell'inclusione fra i delitti contro il patrimonio, suggerita da una certa affinità di struttura con il reato di ricettazione, e peraltro da molti giudicata riduttiva ed inadeguata, è opinione largamente condivisa che le figure criminose di cui agli artt. 648-bis e 648-ter c.p. delineano reati plurioffensivi, i quali vedono relegata in secondo piano la tutela del patrimonio individuale rispetto alla salvaguardia di interessi pubblici identificati, volta a volta, nell'amministrazione della giustizia, nell'ordine pubblico o nell'ordine economico». Così Corte cost., 19 luglio 2000, n. 302 in *Leggi d'Italia. Conforme*, Cass., Sez. unite, 27 febbraio 2014, n. 25191, *ivi*.

(7) Sul tema si veda A. FIORELLA, *Reato in generale* (voce), in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, p. 790.

di adeguata verifica⁽⁸⁾, conservazione⁽⁹⁾ e segnalazione di operazioni sospette⁽¹⁰⁾, per il quale il ricorso alla pena deve essere vagliato attraverso i filtri della meritevolezza e sussidiarietà.

Fino alla riforma del 2017⁽¹¹⁾, l'art. 55 d.lgs. n. 231/2007 incriminava alcune omissioni degli obblighi antiriciclaggio, in particolare la mancata adeguata verifica⁽¹²⁾, risultando difficile comprendere come tali violazioni potessero direttamente ledere l'integrità del sistema finanziario che è categoria sovraindividuale. A ben vedere, il bene giuridico immediatamente leso dalla violazione degli obblighi antiriciclaggio non è l'integrità del sistema finanziario, a meno che non si voglia individuare il bene giuridico nella ragione dell'incriminazione, ma la correttezza dei comportamenti degli operatori, chiamati a fornire una collaborazione attiva e passiva per assicurare un controllo diffuso.

La dimensione economica investe altresì la politica criminale per il contributo che il metodo dell'analisi economica del diritto può fornire nel perseguire lo scopo di ridurre il numero delle offese all'ordinamento penale.

A garanzia della razionalità e quindi efficacia⁽¹³⁾ del sistema penale, infatti, la politica criminale deve incidere sulle probabilità di essere scoperti, di giungere all'irrogazione della sanzione e di annullare qualsivoglia utilità conseguita dalla violazione del precetto.

Nella prospettiva in cui l'analisi economica del diritto incontra la politica criminale, l'accennata dimensione giustifica l'intero sistema antiriciclaggio perché «le scelte di un soggetto [razionale perché agisce secondo cri-

⁽⁸⁾ Sul tema si veda M. CARBONE, *Obblighi di adeguata verifica della clientela*, in M. CARBONE, P. BIANCHI, V. VALLEFUOCO, *Le nuove regole antiriciclaggio*, Milano, 2020, p. 621.

⁽⁹⁾ Per l'approfondimento si rinvia a P. BIANCHI, *Obblighi di conservazione*, in M. CARBONE, P. BIANCHI, V. VALLEFUOCO, *Le nuove regole antiriciclaggio*, cit., p. 713.

⁽¹⁰⁾ Si veda V. VALLEFUOCO, *Obblighi di segnalazione e comunicazioni*, in M. CARBONE, P. BIANCHI, V. VALLEFUOCO, *op. cit.*, p. 733.

⁽¹¹⁾ Ad opera del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90, recante attuazione della Direttiva 2015/849 del 20 maggio 2015 (quarta direttiva antiriciclaggio).

⁽¹²⁾ Nell'aggiornare il sistema sanzionatorio in senso più conforme alla disciplina europea, sono state depenalizzate tutte le violazioni degli obblighi antiriciclaggio non connotate da falsità o frode. In questi termini V. VALLEFUOCO, *Gli illeciti amministrativi*, in M. CARBONE, P. BIANCHI, V. VALLEFUOCO, *op. cit.*, p. 1020.

⁽¹³⁾ La valutazione sull'efficacia di una regola si risolve in un giudizio di funzionalità o, in termini weberiani, di "razionalità rispetto allo scopo", subordinato alla verifica dell'idoneità delle soluzioni adottate a conseguire gli obiettivi attesi: una legge è razionale se funziona ed in questo caso è anche utile. Questa progressione razionalità-funzionalità-utilità investe il concetto di effettività ed è legata all'idea di scopo, che esige l'adeguamento del mezzo al fine, caratterizzante la politica criminale.

teri economici] di impiegare le sue risorse in attività illecite, divenendo quindi soggetto criminale, dipenderanno, dati i possibili ritorni, da due grandezze: la probabilità di essere incriminato e la pena che subirà nel caso sia riconosciuto colpevole»⁽¹⁴⁾. Poiché l'analisi economica valorizza il collegamento fra strategie di politica criminale e valutazione, in capo al potenziale trasgressore, dei costi e benefici connessi alla scelta di violare la regola, la propensione del soggetto razionale alla violazione è inversamente proporzionale alle probabilità sopra indicate e la prevenzione generale risulterà tanto più raggiungibile quanto minori saranno state le *chances* di impunità del soggetto criminale.

Per avvicinarsi a questa condizione ideale, il mero ricorso alla pena è inefficace mentre la normativa antiriciclaggio interviene in via anticipata coinvolgendo gli stessi operatori ai quali viene richiesto, a favore dell'apparato istituzionale⁽¹⁵⁾, un contributo qualificato, rapido e capillare per rendere non conveniente la scelta criminale.

Si tratta di un significativo mutamento della politica criminale⁽¹⁶⁾, che affianca alla repressione un sistema di prevenzione incentrato sulla collaborazione pubblico-privato, sul controllo diffuso del rischio di riciclaggio e, infine, sull'accresciuto carico di responsabilità in capo ai destinatari della normativa antiriciclaggio⁽¹⁷⁾. In tale ambito, con particolare riferimento alle segnalazioni di operazioni sospette, una simile collaborazione attiva è stimolata dalle conseguenze negative, costituite dalle sanzioni comminate

⁽¹⁴⁾ Così D. MASCIANDARO, *Reati e riciclaggio: profili di analisi economica*, in E. CAPPA, L.D. CERQUA (a cura di), *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, Milano, 2012, p. 18.

⁽¹⁵⁾ In virtù della posizione occupata tali operatori «*are simply being called upon to act as the eyes and ears of law enforcement*». Così S.G. THOMPSON, *The white-collar police force: "duty to report" statutes in criminal Law theory*, in 11 *Wm & Mary Bill Rts. J.*, 3/2002, p. 36. Per 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 AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011, p. 1759, «il trasferimento ai privati di compiti di prevenzione in materia di riciclaggio rappresenta, d'altra parte, un esempio assai emblematico delle ormai ricorrenti politiche di delega ai privati di compiti di sorveglianza di fatti illeciti».

⁽¹⁶⁾ Già preconizzato nel preambolo della Direttiva 91/308/CEE del 10 giugno 1991 (prima direttiva antiriciclaggio), per cui «gli strumenti di natura penale non dovrebbero però costituire l'unico modo per combattere il riciclaggio, dato che il sistema finanziario può svolgere un ruolo estremamente efficace».

⁽¹⁷⁾ Così F. CENTONZE, *La "partnership" pubblico-privato*, cit., p. 1860. Sulla collaborazione attiva si veda V. GIGLIO, *Strategia antiriciclaggio e norme di condotta per gli intermediari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/1999, p. 266 ss.

per la violazione di obblighi integrante illeciti omissivi propri⁽¹⁸⁾ nonché, a determinate condizioni, dalla corresponsabilità nel reato in base all'equivalenza normativa di cui all'art. 40 cpv. c.p.

Nonostante l'avvertenza che l'accrescimento della pluralità dei soggetti e dei tipi di controllo può indurre fenomeni di sovrapposizione⁽¹⁹⁾, l'attenzione alle conseguenze negative minacciate per la mancata collaborazione consente di generalizzare una posizione di contrasto d'interesse idonea ad orientare il soggetto obbligato verso l'attesa collaborazione attiva con le istituzioni.

2. L'obbligo di segnalare le operazioni sospette.

2.1. *Inquadramento.*

Il d.lgs. n. 231/2007 detta misure volte a tutelare l'integrità del sistema e la correttezza dei comportamenti degli operatori, ivi compreso l'obbligo di segnalare le operazioni sospette di riciclaggio (e di finanziamento al terrorismo) che è il fulcro del sistema di prevenzione.

Ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 231/2007 i destinatari della disciplina antiriciclaggio «quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio [...]» sono tenuti ad inviare una segnalazione alla Unità di informazione finanziaria⁽²⁰⁾, la quale ne effettua l'analisi finanziaria che

⁽¹⁸⁾ Il riferimento è all'inosservanza dell'obbligo della segnalazione di operazioni sospette sanzionata in via amministrativa, salvo che il fatto non costituisca reato, dall'art. 58 del d.lgs. n. 231/2007.

⁽¹⁹⁾ Riflettono sui costi, non solo economici, del crescente coinvolgimento dei privati nel sistema antiriciclaggio G.M. FLICK, *Riciclaggio*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 2, nonché V. MANES, *Il contrasto al riciclaggio, tra repressione e prevenzione: alcuni nodi problematici*, in *Critica del diritto*, 3-4/2008, p. 268.

⁽²⁰⁾ L'Unità è «istituzionalmente deputata a ricevere segnalazioni di operazioni sospette (SOS) di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo e di proliferazione di armi di distruzione di massa che intermediari finanziari, professionisti e altri operatori qualificati devono individuare, valutare e comunicare tempestivamente (c.d. obbligo di collaborazione attiva). L'accentramento presso la UIF delle segnalazioni ne consente una valutazione omogenea e integrata, in grado di cogliere collegamenti soggettivi e oggettivi, tracciare flussi finanziari anche oltre i confini nazionali, attraverso l'apporto delle informazioni scambiate con la rete delle FIU estere, ricostruire modalità innovative di realizzazione del riciclaggio, individuare operatività connotate da maggior rischio. L'Unità trasmette i risultati delle analisi effettuate al NSPV e alla DIA per i successivi accertamenti investigativi. Segnalazioni e analisi sono inoltre trasmesse all'Autorità giudiziaria

trasmette alla DIA ed al Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza per le successive investigazioni. Per il medesimo articolo, il sospetto è desunto dalle caratteristiche, entità, natura dell'operazione o da qualsivoglia altra circostanza conosciuta in ragione delle funzioni esercitate, tenuto conto anche della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto cui è riferita, in base agli elementi a disposizione dei segnalanti, acquisiti dal soggetto obbligato nell'adempimento dell'adeguata verifica della clientela⁽²¹⁾.

L'importante collegamento funzionale tra quest'ultimo adempimento e la segnalazione trova conferma nei successivi articoli 42, sull'obbligo di astensione dall'instaurare, eseguire o proseguire il rapporto, la prestazione professionale e le operazioni, se è oggettivamente impossibile l'adeguata verifica, circostanza che impone di valutare se effettuare una segnalazione di operazione sospetta, e 58, quarto comma, per cui se l'omessa segnalazione sarà stata conseguenza di violazioni in materia di adeguata verifica verrà irrogata soltanto la sanzione comminata per la prima.

Se tale disposizione è quella maggiormente ispirata al principio della collaborazione attiva, nondimeno è la più problematica per la non semplice individuazione del momento in cui sorge l'obbligo. La segnalazione è infatti l'esito di un processo fondato sulla valutazione discrezionale dei profili oggettivi (caratteristiche, entità e natura) e soggettivi (riferiti al richiedente o esecutore) dell'operazione nonché di ogni altra circostanza conosciuta dal soggetto obbligato in ragione delle funzioni esercitate⁽²²⁾. Poiché una simile discrezionalità può esporre il cliente segnalato ad approfondimenti

qualora emergano notizie di reato ovvero su richiesta della stessa». Così UNITÀ DI INFORMAZIONE FINANZIARIA, *Rapporto annuale*, 2019, p. 11: www.bancaditalia.it.

⁽²¹⁾ Ai sensi dell'art. 18 del d.lgs. n. 231/2007, l'adempimento dell'obbligo di adeguata verifica (*know your customer rule*) non si esaurisce con la mera identificazione del cliente e del titolare effettivo, ma richiede anche di acquisire e valutare informazioni sullo scopo e sulla natura del rapporto continuativo o della prestazione professionale, nonché nel controllo costante del rapporto con il cliente, per tutta la sua durata, attraverso l'esame della complessiva operatività del cliente medesimo, la verifica e l'aggiornamento dei dati e delle informazioni acquisiti anche riguardo, se necessari in funzione del rischio, la verifica della provenienza dei fondi e delle risorse nella disponibilità del cliente, sulla base di informazioni acquisite o possedute in ragione dell'esercizio dell'attività.

⁽²²⁾ In senso conforme il Provvedimento della Banca d'Italia del 4 maggio 2011, recante istruzioni sui dati e le informazioni da inserire nelle segnalazioni di operazioni sospette, che all'art. 4, secondo comma, quanto ai presupposti dell'obbligo di segnalare, prevede che «il sospetto deve fondarsi su una compiuta valutazione degli elementi oggettivi e soggettivi dell'operazione a disposizione dei segnalanti, acquisiti nell'ambito dell'attività svolta ovvero a seguito del conferimento di un incarico, anche alla luce degli indicatori di anomalia [...]».

investigativi, a seguito dei quali il sospetto di riciclaggio potrebbe anche risultare infondato, l'art. 35, quarto comma, introduce una scriminante riconducibile all'adempimento di un dovere: «le comunicazioni delle informazioni, effettuate in buona fede dai soggetti obbligati, dai loro dipendenti o amministratori ai fini della segnalazione di operazioni sospette, non costituiscono violazione di eventuali restrizioni alla comunicazione di informazioni imposte in sede contrattuale o da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative. Le medesime comunicazioni non comportano responsabilità di alcun tipo anche nelle ipotesi in cui colui che le effettua non sia a conoscenza dell'attività criminosa sottostante e a prescindere dal fatto che l'attività illegale sia stata realizzata».

L'obbligo di segnalare è forse per i professionisti la disposizione tra le più delicate perché l'adempimento corre sui «confini labili tra obblighi di *disclosure* a fini di prevenzione dei fenomeni criminali e confidenzialità del rapporto per la protezione del diritto alla difesa»⁽²³⁾, il cui difficile equilibrio⁽²⁴⁾ poggia sulle ipotesi di esclusione previste al quinto comma dell'art. 35⁽²⁵⁾.

⁽²³⁾ Per rilievi si veda P. VENEZIANI, *La responsabilità del professionista in relazione alle normative sul riciclaggio: profili penali e deontologici*, in *Ind. pen.*, 1/2014, p. 291.

⁽²⁴⁾ Sul medesimo punto, criticità sono state rilevate dalla Commissione europea nella Relazione sull'applicazione della direttiva 2005/60/CE: «tutti gli Stati membri hanno optato per integrare l'esenzione di cui all'articolo 23, par. 2, della direttiva nella normativa nazionale per quanto riguarda gli avvocati, ma senza un'indicazione precisa di quando la comunicazione prevale sulla riservatezza dovuta nei confronti del cliente. La situazione crea preoccupazione negli ambienti giuridici che periodicamente manifestano il timore che gli obblighi imposti dalla direttiva possano violare il vincolo degli avvocati al segreto professionale e il diritto fondamentale ad un processo equo e ad un'equa difesa», violazione tuttavia esclusa dalla Corte di giustizia per la quale «gli obblighi di informazione e di collaborazione con le autorità responsabili per la lotta contro il riciclaggio [...] non violano il diritto ad un equo processo, come garantito dagli artt. 6 della CEDU e 6, n. 2, UE». Così Corte di giustizia, sentenza 26 giugno 2007, causa C-305/05 (*Ordre des barreaux francophones et germanophones* e altri contro *Conseil des ministres*).

⁽²⁵⁾ «L'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette non si applica ai professionisti per le informazioni che essi ricevono da un loro cliente o ottengono riguardo allo stesso nel corso dell'esame della posizione giuridica o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del medesimo in un procedimento innanzi a un'autorità giudiziaria o in relazione a tale procedimento, anche tramite una convenzione di negoziazione assistita da uno o più avvocati ai sensi di legge, compresa la consulenza sull'eventualità di intenderlo o evitarlo, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso». La questione è ritornata in auge con la collaborazione volontaria prevista dalla legge 15 dicembre 2014, n. 186, recante disposizioni per incrementare, tra l'altro, l'emersione e rientro di capitali detenuti illecitamente all'estero. Ai sensi di tale legge, infatti, il contribuente può chiedere di regolarizzare i capitali non dichiarati e detenuti all'estero e di sanare l'inadempienza degli obblighi dichiarativi fiscali, otte-

In presenza degli elementi di sospetto, l'art. 35, secondo comma, impone ai soggetti obbligati di non compiere «l'operazione fino al momento in cui non hanno provveduto ad effettuare la segnalazione di operazione sospetta»⁽²⁶⁾: la priorità della segnalazione all'Unità di informazione finanziaria persegue l'evidente «obiettivo di consentire interventi appropriati affinché l'attività criminosa (sebbene ancora solo allo stadio di sospetto) non venga perfezionata, evitando che i suoi autori se ne assicurino i risultati (in maniera magari irreversibile) ovvero si rendano irreperibili»⁽²⁷⁾. Per attuare le finalità stabilite all'art. 2, commi primo e secondo, il d.lgs. n. 231/2007 non impone il mero adempimento della segnalazione, ma richiede un adempimento preventivo per consentire all'UIF di esercitare il potere di sospensione dell'operazione⁽²⁸⁾. Il sospetto quale parametro minimo di rappresentazione del fatto, se da una parte si concilia perfettamente, come vedremo, con l'esigenza di un intervento anticipato, dall'altra, mostra profili di criticità⁽²⁹⁾ avuto riguardo al termine entro il quale effettuare la se-

nendo l'esclusione della punibilità penale per taluni reati con la riduzione delle sanzioni amministrative, limitatamente alle condotte relative a imponibili, imposte, ritenute e attività oggetto della procedura. In questi termini, la Circolare 9 gennaio 2015 del Ministero dell'Economia e delle Finanze, secondo cui l'approvazione delle norme sulla collaborazione volontaria non ha alcun impatto sull'applicazione delle sanzioni e dei presidi previsti dal d.lgs. n. 231/2007 che pone obblighi di collaborazione attiva strumentali alla prevenzione dei fenomeni di circuitazione di capitali di provenienza illecita.

⁽²⁶⁾ La disposizione fa «salvi i casi in cui l'operazione debba essere eseguita in quanto sussiste un obbligo di legge di ricevere l'atto ovvero nei casi in cui l'esecuzione dell'operazione non possa essere rinviata tenuto conto della normale operatività ovvero nei casi in cui il differimento dell'operazione possa ostacolare le indagini. In dette ipotesi, i soggetti obbligati, dopo aver ricevuto l'atto o eseguito l'operazione, ne informano immediatamente la UIF».

⁽²⁷⁾ Così P. COSTANZO, L. CRISCUOLO, G. LUPI, *L'attività dell'Unione Europea nel campo della prevenzione e del contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di ricerca giuridica*, 60/2008, p. 222.

⁽²⁸⁾ Ai sensi dell'art. 6, quarto comma, lett. c, l'UIF «può sospendere, per un massimo di cinque giorni lavorativi, operazioni sospette, anche su richiesta del Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza, della Direzione investigativa antimafia e dell'autorità giudiziaria ovvero su richiesta di un'altra FIU, ove non ne derivi pregiudizio per il corso delle indagini. La UIF provvede a dare immediata notizia della sospensione all'autorità che ne ha fatto richiesta».

⁽²⁹⁾ Già nelle Istruzioni operative per l'individuazione delle operazioni sospette del 12 gennaio 2001, poi sostituito dalla Deliberazione del 24 agosto 2010, n. 616, la Banca d'Italia rilevò che «la mancanza di un termine specifico entro il quale effettuare la segnalazione non può interpretarsi come possibilità di informare l'UIC oltre ogni ragionevole lasso di tempo. Un iter valutativo non pienamente giustificato può infatti inficiare la previsione normativa che consente la sospensione delle operazioni [...] per consentire il coordinamento con gli organi investigativi». Secondo l'UIF, poiché «la lunghezza dei

gnalazione, tenuto conto che la sanzione amministrativa è irrogata all'omissione e non già alla segnalazione tardiva.

All'adempimento dell'obbligo di segnalazione conseguono precisi divieti di comunicazione la cui osservanza è assistita dalla sanzione penale.

Il primo comma dell'art. 39 vieta « ai soggetti tenuti alla segnalazione di un'operazione sospetta e a chiunque ne sia comunque a conoscenza, di dare comunicazione al cliente interessato o a terzi dell'avvenuta segnalazione, dell'invio di ulteriori informazioni richieste dalla UIF o dell'esistenza ovvero della probabilità di indagini o approfondimenti in materia di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo »⁽³⁰⁾. Il divieto riguarda tutti i soggetti obbligati ed anche qualsiasi altro soggetto, anche appartenente alla pubblica amministrazione e deputato all'approfondimento della segnalazione, come confermato dalla disciplina del flusso di ritorno delle informazioni prevista al successivo art. 41, terzo comma.

A garanzia della riservatezza dell'intero processo di segnalazione e di approfondimento, per la violazione del divieto di comunicazione l'art. 55, quarto comma, commina la pena dell'arresto da sei mesi a un anno e l'ammenda da 5.000 euro a 30.000 euro. L'iniziale clausola di riserva "salvo che il fatto costituisca più grave reato" esclude poi l'applicazione di questa contravvenzione a favore della fattispecie di rivelazione di segreti di ufficio di cui all'art. 326 c.p. qualora il soggetto attivo rivesta la qualifica di pubblico ufficiale⁽³¹⁾.

tempi di segnalazione rende spesso difficile intercettare tempestivamente i flussi sospetti, vanificando l'efficacia preventiva del sistema [...] qualsiasi ingiustificato ritardo nella segnalazione va necessariamente considerato alla stregua di un inadempimento del relativo obbligo e comporta l'applicazione delle sanzioni previste dalla legge». Così *Rapporto annuale*, 2010, p. 8. Una simile posizione non può essere *de iure condito* accolta perché contraria al principio di legalità di cui all'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689.

⁽³⁰⁾ Nei successivi commi l'art. 39 fissa la portata dell'obbligo di riservatezza precisando che il divieto « non si estende alla comunicazione effettuata alle autorità di vigilanza di settore in occasione dell'esercizio delle funzioni di cui all'art. 7, comma 2, e alla Guardia di finanza in occasione dei controlli di cui all'art. 9, né alla comunicazione effettuata ai fini di accertamento investigativo (comma secondo), né impedisce « la comunicazione tra gli intermediari bancari e finanziari, a condizione che appartengano allo stesso gruppo, ovvero tra tali intermediari e le loro succursali e filiazioni controllate a maggioranza e situate in Paesi terzi [a determinate condizioni] » (comma terzo) e quella « tra professionisti che svolgono la propria prestazione professionale in forma associata, in qualità di dipendenti o collaboratori, anche se situati in Paesi terzi, a condizione che questi applichino misure [antiriciclaggio] equivalenti [...] » (quarto comma). Al sesto comma l'art. 39 precisa che « il tentativo del professionista di dissuadere il cliente dal porre in atto un'attività illegale non costituisce violazione del divieto di comunicazione previsto dal presente articolo ».

⁽³¹⁾ Poiché il divieto di comunicazione riguarda anche gli appartenenti alla pubblica amministrazione deputati all'analisi finanziaria ed al successivo approfondimento in-

2.2. *Il sospetto e l'indizio del riciclaggio. Lo spartiacque dell'art. 220 disp. att. c.p.p.*

Nel prevedere l'obbligo di segnalazione «quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio», ai fini dell'adempimento l'art. 35 rende equivalenti tre presupposti alternativi di rappresentazione di un fatto che dalla conoscenza degrada al sospetto, regredendo ulteriormente fino ai ragionevoli motivi per sospettare. In questo processo di degradazione, dalla conoscenza ci si allontana verso l'ipotesi sulla relativa esistenza del fatto da segnalare.

Il richiamo ai distinti presupposti di rappresentazione consente di fissare un punto: nonostante la rubrica dell'art. 35 sia dedicata al sospetto riferito all'operazione, al suo interno la disciplina presuppone anche la conoscenza del fatto che si riscontra nel sapere che sono in corso o sono state compiute o tentate operazioni di riciclaggio. Se la conoscenza del fatto non desta particolari perplessità, meritano maggiore attenzione gli ulteriori presupposti ed il momento a partire dal quale può ritenersi ragionevolmente sorto il sospetto di riciclaggio in capo al soggetto obbligato.

Ai sensi dell'art. 35, primo comma, «il sospetto è desunto dalle caratteristiche, dall'entità, dalla natura delle operazioni, dal loro collegamento o frazionamento o da qualsivoglia altra circostanza conosciuta, in ragione delle funzioni esercitate, tenuto conto anche della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto cui è riferita, in base agli elementi acquisiti ai sensi del presente decreto. Il ricorso frequente o ingiustificato ad operazioni in contante, anche se non eccedenti la soglia di cui all'articolo 49 e, in particolare, il prelievo o il versamento in contante di importi non coerenti con il profilo di rischio del cliente, costituisce elemento di sospetto».

La valutazione del sospetto si fonda sull'apprezzamento dell'obbligato alla segnalazione e costituisce la naturale conseguenza del corretto adempimento dell'obbligo di adeguata verifica. Non esiste un criterio valutativo unico, vincolante e quantitativo, come del resto conferma la previsione che il ricorso frequente o ingiustificato a operazioni in contante, anche se non in violazione dei limiti di cui all'art. 49, costituisce uno degli elementi di sospetto valutabili.

vestigativo delle segnalazioni, l'inerenza della notizia al proprio ufficio consente di ricondurre la conoscenza dell'avvenuta segnalazione all'ambito del segreto d'ufficio prescritto dall'art. 15 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3. Per l'approfondimento si veda M. ROMANO, *Commento all'art. 326 c.p.*, in ID., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2002, p. 298.

Al fine di agevolare l'individuazione delle operazioni sospette sono emanati e periodicamente aggiornati indicatori di anomalia, distinti per le diverse categorie dei soggetti obbligati, per «ridurre i margini di incertezza connessi con valutazioni soggettive o con comportamenti discrezionali [ed] improntati all'esigenza di contribuire al contenimento degli oneri e al corretto e omogeneo adempimento degli obblighi di segnalazione»⁽³²⁾. Ulteriori ausili provengono da:

— gli schemi rappresentativi di comportamenti anomali sul piano economico e finanziario, riferibili a possibili attività di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, elaborati dall'UIF ai sensi dell'art. 6, settimo comma, lett. *b*) del d.lgs. n. 231/2007;

— criteri e metodologie, commisurati alla natura dell'attività svolta e alle dimensioni dei soggetti obbligati, dettati dalle autorità di vigilanza di settore e dagli organismi di autoregolamentazione per l'analisi e la valutazione dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, cui sono esposti nell'esercizio della loro attività, ai sensi del successivo art. 15, primo comma⁽³³⁾.

Per meglio comprendere il fine della disciplina occorre considerare che la segnalazione ha una funzione di filtro⁽³⁴⁾ e non è subordinata all'in-

⁽³²⁾ In questi termini l'art. 3, secondo comma, del d.m. 16 aprile 2010, recante determinazione degli indicatori di anomalia al fine di agevolare l'individuazione di operazioni sospette di riciclaggio da parte di talune categorie di professionisti e dei revisori contabili. Il medesimo articolo, ai successivi commi, prevede significativamente che «4. L'impossibilità di ricondurre operazioni o comportamenti della clientela ad uno o più degli indicatori previsti nell'allegato 1 al presente decreto può non essere sufficiente ad escludere che l'operazione sia sospetta. I professionisti valutano pertanto con la massima attenzione ulteriori comportamenti e caratteristiche dell'operazione che, sebbene non descritti negli indicatori, rilevino in concreto profili di sospetto. 5. La mera ricorrenza di operazioni o comportamenti descritti in uno o più indicatori di anomalia non è motivo di per sé sufficiente per l'individuazione e la segnalazione di operazioni sospette, per le quali è necessario valutare in concreto la rilevanza dei comportamenti della clientela [...]».

⁽³³⁾ Il medesimo articolo prevede, al secondo comma, che «i soggetti obbligati, adottano procedure oggettive e coerenti rispetto ai criteri e alle metodologie di cui al comma 1, per l'analisi e la valutazione dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo. Per la valutazione del rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, i soggetti obbligati tengono conto di fattori di rischio associati alla tipologia di clientela, all'area geografica di operatività, ai canali distributivi e ai prodotti e i servizi offerti».

⁽³⁴⁾ In senso conforme, «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.

dividuazione, da parte del soggetto obbligato, di un quadro indiziario di riciclaggio e neppure all'esclusione, in base al suo personale convincimento, dell'estraneità delle operazioni ad una attività delittuosa. Essa deve, al contrario, « ancorarsi ad un giudizio puramente tecnico sulla idoneità di esse, valutati gli elementi oggettivi e soggettivi che le caratterizzano, ad essere strumento di elusione alle disposizioni [antiriciclaggio] »⁽³⁵⁾. In base alle ragioni di politica criminale sottostante, poiché nel contrasto al riciclaggio tale disciplina interviene in via anticipata, così anticipata che l'intervento penale non sarebbe legittimamente ipotizzabile, « l'obbligo di segnalazione sorge prima del delinearsi di un quadro indiziario, rilevante *ex art.* 220 disp. att. c.p.p., e sulla mera potenzialità dell'operazione ad eludere la disciplina antiriciclaggio. Al contrario, la corretta acquisizione della formula "indizi di reato" esclude l'osservanza dell'art. 220 disp. att. in presenza di una rappresentazione del fatto che non supera il livello del sospetto nella « catena che può condurre alla verifica dell'oggetto di prova »⁽³⁶⁾.

Il sospetto rilevante ai fini della segnalazione è quindi dotato di capacità dimostrativa minore rispetto all'indizio⁽³⁷⁾ e l'assenza di « un dato obiettivo e non frutto di mere supposizioni »⁽³⁸⁾ non consente di affran-

⁽³⁵⁾ Così Cass. civ., Sez. II, 10 aprile 2007, n. 8699 e 8700, in *Leggi d'Italia*, nonché 25 gennaio 2010, n. 1294, *ivi*, per la quale, « ai fini dell'insorgenza dell'obbligo della segnalazione la norma non presuppone l'accertamento della illiceità delle operazioni finanziarie, ma richieda solo il mero sospetto originato dall'anomalia delle operazioni stesse ».

⁽³⁶⁾ Sul punto rinvia ad G. UBERTIS, *I fondamenti normativi della metodologia, il linguaggio processuale ("fonte di prova", "elemento di prova", "mezzo di prova", "criterio", "risultato", "indizio", "sospetto")*, in *Quaderni Consiglio Superiore Magistratura*, 98/1997, p. 7. In linea generale, il sospetto non nega l'esistenza di un fatto, ma la sua persuasione ha un'efficacia quantitativamente differenziata e diversamente apprezzata dall'ambito normativo di riferimento, in particolare nella legislazione tributaria, allorché è qualificato come presupposto operativo. A titolo esemplificativo e non esaustivo si segnalano gli artt. 33 della legge 7 gennaio 1929, n. 4 e 18, terzo comma, lett. *d*) del d.lgs. 26 ottobre 1995, n. 504, recante il testo unico in materie di imposte sulla produzione e sui consumi, che legittimano perquisizioni domiciliari in caso di "notizia o fondato sospetto" di violazioni costituenti reato con riferimento a tributi tassativamente previsti.

⁽³⁷⁾ Inteso quale contributo conoscitivo che non rappresenta in via diretta il fatto da provare, ma consente comunque, in base ad un collegamento logico induttivo, una rappresentazione indiretta.

⁽³⁸⁾ Gli indizi si differenziano dalle mere congetture perché costituiti da fatti ontologicamente certi che, collegati tra loro, sono suscettibili di una ben determinata interpretazione. Così Cass. pen., Sez. II, 28 ottobre 2009, n. 43923, in *Leggi d'Italia*. Sono invece mera congettura inidonea ai fini del sillogismo giudiziario tanto l'ipotesi non fondata sull'*id quod plerumque accidit*, insuscettibile di verifica empirica, quanto la pretesa regola generale che risulti priva, però, di qualunque pur minima plausibilità, 10 luglio 2013, n. 29452, *ivi*.

carlo dall'ampio margine di opinabilità che lo differenzia dall'indizio⁽³⁹⁾. In tal senso, la nozione di sospetto e la sua diversità ontologica con l'indizio di reato sono funzionali al sistema antiriciclaggio: se l'obbligo di segnalare sorgesse soltanto all'emergere degli indizi di reato, l'approccio preventivo perderebbe significato perché la prevenzione e repressione (penale) partirebbero contestualmente (*cf. par. 4*).

Resta da individuare qual è la nozione di riciclaggio ai fini dell'adempimento della segnalazione.

All'entrata in vigore dell'art. 3 del d.l. 3 maggio 1991, n. 143⁽⁴⁰⁾, l'obbligo di segnalare sorgeva in presenza di elementi obiettivi in base ai quali ritenere che il denaro, beni o le utilità oggetto delle operazioni provenissero da taluno dei reati indicati all'art. 648-*bis* c.p.: fino all'attuazione della Direttiva 2006/70/CE, la disciplina antiriciclaggio era pertanto collegata alle nozioni codicistiche.

Soltanto con il d.lgs. n. 231/2007 fu introdotta una autonoma nozione di riciclaggio, rilevante ai fini esclusivi del sistema antiriciclaggio e più ampia della corrispondente penalistica perché comprensiva tanto dell'autoriciclaggio («la partecipazione ad attività criminosa») quanto del riciclaggio anche dei proventi da attività criminosa, il cui significato non può che corrispondere alla nozione di reato, comprensiva dei delitti colposi e delle contravvenzioni. Tali distinzioni sono state infine superate con la rispettiva introduzione dell'art. 648-*ter*.1 c.p., che ha incriminato l'autoriciclaggio⁽⁴¹⁾

⁽³⁹⁾ Il sospetto consiste in «una mera ipotesi che, seppur razionale, sia poi priva di riscontro obiettivo nella realtà dei fatti» tale da poter provocare solo un «ragionamento congetturale del tutto arbitrario ed illegale». Così S. BATTAGLIO, “Indizio” e “prova indiziaria nel processo penale”, in *Riv. it. proc. pen.*, 1995, p. 410.

⁽⁴⁰⁾ Recante provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio, convertito con modificazioni dalla l. 5 luglio 1991, n. 197.

⁽⁴¹⁾ Ad opera della citata l. n. 186/2014. Secondo A. ROSSI, *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illazioni ed azzardi esegetici*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2015, p. 128, con l'introduzione dell'art. 648-*ter* 1 e la rilevanza penale dell'autoriciclaggio, più che all'avvicinamento delle nozioni “amministrativa” e “penale” si registra una terza nozione di riciclaggio penalmente rilevante, più selettiva rispetto all'incriminazione di riferimento: «la tipizzazione delle condotte (impiego, sostituzione, trasferimento) si arricchisce in primis con la connotazione in termini di idoneità concreta all'ostacolo di identificazione della provenienza delittuosa dell'oggetto materiale (denaro, beni o altre utilità); in seconda istanza, con la destinazione normativamente specificata delle disponibilità illecite caratterizzata dalla re-immissione nel circuito legale (attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative); in terza battuta, con la previsione dell'ambito limitatore dei confini della fattispecie, con non applicabilità della stessa a seguito della destinazione alla “mera utilizzazione o al godimento personale” del denaro».

fino ad allora penalmente indifferente, e della definizione, all'art. 2, secondo comma, lett. *b*) del d.lgs. n. 231/2007 ⁽⁴²⁾, di attività criminosa intesa quale «la realizzazione o il coinvolgimento nella realizzazione di un delitto non colposo».

2.3. *L'illecito amministrativo dell'omessa segnalazione (cenni).*

Alla violazione dell'obbligo di segnalare è tradizionalmente comminata la sanzione amministrativa. Si tratta di scelta da accogliere con favore sul piano tanto generale quanto particolare.

Sotto il primo profilo, la rilevanza costituzionale (anche implicita) di un interesse è la prima, ma non l'unica ragione del ricorso alla pena perché occorre una previa valutazione sulla sua non sostituibilità ⁽⁴³⁾. Nello specifico, l'illecito amministrativo è qui maggiormente funzionale alle esigenze di una politica criminale fondata sull'anticipazione dell'intervento, difficilmente conciliabile con la necessaria afferrabilità concettuale dell'oggetto di tutela penalistica ⁽⁴⁴⁾, ma anche al rispetto del principio di colpevolezza: sul piano soggettivo, infatti, l'indifferenza tra dolo e colpa (*sub specie* negligenza) del modello d'illecito, rende l'atteggiamento colposo più coerente con la violazione di un obbligo basato sulla valutazione discrezionale di un sospetto.

Il d.lgs. 90/2017 ha introdotto nel sistema sanzionatorio amministrativo in materia antiriciclaggio dei capisaldi del diritto penale, in alcuni casi in deroga alla disciplina generale contenuta nella l. 24 novembre 1981, n. 689, avuto riguardo all'offensività, alla personalità dell'autore, al concorso di violazioni e cumulo giuridico nonché al *favor rei*.

⁽⁴²⁾ Come modificato dal d.lgs. 25 maggio 2017.

⁽⁴³⁾ In questa direzione, l'art. 15, secondo comma, lett. *b*), della l. 12 agosto 2016, n. 170, recante delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea: «al fine di garantire il rispetto dei principi di *ne bis in idem* sostanziale e di effettività, proporzionalità e dissuasività delle sanzioni irrogate per l'inosservanza delle disposizioni adottate in attuazione della direttiva (UE) 2015/849 [quarta direttiva antiriciclaggio] apportare al decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, e a ogni altra disposizione vigente in materia tutte le modifiche necessarie a: 1) limitare la previsione di fattispecie incriminatrici alle sole condotte di grave violazione degli obblighi di adeguata verifica e di conservazione dei documenti, perpetrate attraverso frode o falsificazione, e di violazione del divieto di comunicazione dell'avvenuta segnalazione, prevedendo sanzioni penali adeguate alla gravità della condotta e non eccedenti, nel massimo, tre anni di reclusione e 30.000 euro di multa; [...]».

⁽⁴⁴⁾ Questo perché all'evanescenza dell'oggetto di tutela segue l'inafferrabilità dei fatti lesivi che si ripercuote poi sulle tecniche di tutela, con il rischio di un'eccessiva anticipazione dell'intervento penale.

Il vigente impianto sanzionatorio dell'omessa segnalazione è articolato su due previsioni, entrambe applicabili sussidiariamente all'irrelevanza penale del fatto: una fattispecie base (art. 58, primo comma) non connotata da elementi specializzanti e una qualificata (art. 58, secondo comma) caratterizzata dalla presenza, alternativa o cumulativa, di ulteriori elementi consistenti nel carattere "grave", "ripetuto", "sistematico", "plurimo" della condotta. Se per la prima, ai soggetti obbligati che omettono di effettuare la segnalazione di operazioni sospette, si applica una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 3.000 euro, la fattispecie qualificata, prevede un aggravamento della sanzione amministrativa pecuniaria, da 30.000 euro a 300.000 euro, in presenza di «violazioni gravi, ripetute o sistematiche ovvero plurime».

Il medesimo articolo fornisce i criteri per valutare la gravità della violazione, avuto anche riguardo all'intensità e al grado dell'elemento soggettivo e al grado di collaborazione con le Autorità⁽⁴⁵⁾, mentre il contenuto degli altri parametri legislativi è esplicitato dalla circolare 6 luglio 2017, n. DT54071 del Ministero dell'economia e delle finanze⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ La valutazione dovrà tenere conto: «*a*) dell'intensità e del grado dell'elemento soggettivo, anche avuto riguardo all'ascrivibilità, in tutto o in parte, della violazione alla carenza, all'incompletezza o alla non adeguata diffusione di prassi operative e procedure di controllo interno; *b*) del grado di collaborazione con le autorità di cui all'art. 21, comma 2, lettera *a*); *c*) della rilevanza ed evidenza dei motivi del sospetto, anche avuto riguardo al valore dell'operazione e al grado della sua incoerenza rispetto alle caratteristiche del cliente e del relativo rapporto; *d*) della reiterazione e diffusione dei comportamenti, anche in relazione alle dimensioni, alla complessità organizzativa e all'operatività del soggetto obbligato».

⁽⁴⁶⁾ Recante istruzioni operative relative al procedimento sanzionatorio di cui all'art. 65 del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, per come modificato dall'art. 5 del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90. In particolare, «i criteri da adottare al fine del riscontro della sussistenza dei parametri legislativi che caratterizzano la violazione qualificata di cui all'art. 58, comma 2 sono i seguenti:

1. Violazioni ripetute. Il carattere ripetuto delle violazioni si desume anzitutto dall'esistenza di precedenti contestazioni della stessa violazione, ad esito delle quali essa è stata riconosciuta sussistente con irrogazione di una sanzione. [...] La ripetitività si riscontra altresì in caso di contestuale trattazione, da parte dell'Autorità procedente, di più atti di contestazione elevati a carico del medesimo soggetto obbligato, distinti quanto alla fattispecie contestata ma riuniti in un unico procedimento o comunque istruiti congiuntamente, laddove per più di uno di essi si riscontri la sussistenza della violazione contestata e si proceda all'irrogazione della sanzione.

2. Violazioni sistematiche. La rilevazione del carattere sistematico delle violazioni presuppone un ambito di osservazione della condotta del soggetto obbligato sufficientemente ampio sia dal punto di vista dell'arco temporale oggetto dell'accertamento, sia quanto all'ambito oggettivo delle violazioni accertate. In particolare, la sistematicità delle violazioni deve ritenersi sussistente quando, nell'ambito di uno o più atti di contestazione

Il riferimento alle violazioni plurime introduce la questione del concorso formale degli illeciti amministrativi e del relativo trattamento sanzionatorio.

Il concorso di illeciti amministrativi è disciplinato all'art. 8 della legge 689/1981, il cui contenuto replica l'art. 81, primo comma, c.p., ispirato al binomio "unicità della condotta e pluralità di violazioni".

In base al primo comma, infatti, salvo sia « diversamente stabilito dalla legge, chi con un'azione od omissione viola diverse disposizioni che prevedono sanzioni amministrative o commette più violazioni della stessa disposizione, soggiace alla sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo ». Al secondo comma, l'art. 8 disciplina la continuazione degli illeciti, ma la sua applicazione è fortemente limitata perché riguarda soltanto le violazioni in materia di previdenza e assistenza obbligatoria.

Ai fini della sanzione, il concorso formale ed il conseguente cumulo giuridico non possono pertanto operare in presenza di condotte distinte, a meno che queste non siano esecutive di un medesimo disegno in materie tassativamente previste⁽⁴⁷⁾. Questo limite generale ha determinato, come eterogenesi dei fini, un sostanziale inasprimento dell'impatto sanzionatorio

e a seguito dell'analisi da parte dell'autorità verbalizzante di un numero sufficientemente elevato di singole operazioni, di operatività e/o di prestazioni professionali, non necessariamente riferibili al medesimo cliente o alla medesima tipologia di negozio o transazione, distinte dal punto di vista soggettivo e/o oggettivo, si rilevi — per la maggior parte di esse — il comportamento omissivo sanzionato dalla legge. [...].

3. Violazioni plurime. Rispetto alla ripetitività e alla sistematicità delle violazioni, il carattere "plurimo" attiene alla singola contestazione elevata. In tale prospettiva, le plurime violazioni:

— possono afferire anche ad una singola operatività, purché nel suo ambito si registrino più operazioni, distribuite in un apprezzabile arco temporale che, anche singolarmente considerate, presentino elementi di sospetto in base ai vigenti parametri normativi;

— possono riguardare anche una singola prestazione professionale, avente carattere unitario dal punto di vista dello scopo perseguito, se articolata in più operazioni distinte sul piano oggettivo o economico-giuridico, che danno luogo a più fattispecie autonome ma teleologicamente coordinate o collegate, per ciascuna delle quali siano rilevabili i suddetti elementi di sospetto.

Inoltre, violazioni "plurime" possono altresì riscontrarsi nelle ipotesi in cui esse, benché chiaramente distinte sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo e distribuite nel tempo, siano contestate dall'autorità verbalizzante in un unico atto e l'autorità irrogante riscontri la sussistenza della violazione per più di una di esse».

⁽⁴⁷⁾ Ai sensi del secondo comma dell'art. 8 (Più violazioni di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative) della l. 24 novembre 1981, n. 689: « alla stessa sanzione prevista dal precedente comma [sanzione prevista per la violazione più grave, aumentata sino al triplo] soggiace anche chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno posto in essere in violazione di norme che stabiliscono sanzioni amministrative, commette, anche in tempi diversi, più violazioni della stessa o di diverse norme di legge in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie ».

all'intervenuta depenalizzazione, ad opera del d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, dei delitti di omessa identificazione e registrazione di cui all'art. 55, commi primo e quarto, del d.lgs. n. 231/2007⁽⁴⁸⁾.

La questione è stata superata con l'entrata in vigore del d.lgs. 90/2017, per effetto del novellato art. 67, terzo comma, del d.lgs. n. 231/2007 che ha esteso alla materia antiriciclaggio l'applicazione delle « disposizioni di cui agli articoli 8 [...] della l. 24 novembre 1981, n. 689, in materia di concorso formale, di continuazione [...] », superando così l'angusto ambito applicativo limitato alle « norme di legge in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie ». La medesima riforma del 2017 ha altresì esteso all'ambito amministrativo il principio penalistico del *favor rei*, con la previsione dell'art. 69⁽⁴⁹⁾, primo comma, del d.lgs. n. 231/2007.

3. Segnalazione e posizione di garanzia. Ammissibilità e limiti del concorso per omissione nel delitto di riciclaggio.

L'iniziale clausola dell'art. 58 « salvo che il fatto costituisca reato » introduce la possibilità che l'omessa segnalazione assuma esclusiva rilevanza penale allorché sia cosciente e volontaria, potendo integrare un'ipotesi di favoreggiamento oppure un contributo causale alla realizzazione del riciclaggio, eventualmente prestato anche in via omissiva a condizione e nei limiti in cui l'obbligo di segnalazione integri una posizione di garanzia rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv c.p.

Nonostante parte della dottrina non ravvisi un potere impeditivo del riciclaggio⁽⁵⁰⁾, appare invece corretto individuare nell'obbligo di segnalare

⁽⁴⁸⁾ Tralasciato che non è stato più necessario dimostrare il dolo, essendo sufficiente la colpa nel nuovo illecito amministrativo, si è registrato il passaggio dalla multa compresa tra 2.600 e 13.000 euro, eventualmente aumentata ai sensi dell'art. 81, secondo comma, c.p., alla sanzione amministrativa pecuniaria compresa tra 5.000 e 30.000 in relazione alla quale, in presenza di violazioni plurime, non è più applicabile il cumulo giuridico della continuazione perché in quest'ambito non previsto dalla l. n. 689/1981. Nello stesso senso M. ARENA, A. DE VIVO, *I pesanti costi della depenalizzazione antiriciclaggio. Alcune riflessioni sul cumulo sanzionatorio dopo il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8*, in *Documento della Fondazione Nazionale dei Commercialisti*, 15 ottobre 2016, p. 9.

⁽⁴⁹⁾ Art. 69 (Successione di leggi nel tempo): « 1. Nessuno può essere sanzionato per un fatto che alla data di entrata in vigore delle disposizioni di cui al presente Titolo non costituisce più illecito. Per le violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 90, sanzionate in via amministrativa, si applica la legge vigente all'epoca della commessa violazione, se più favorevole, ivi compresa l'applicabilità dell'istituto del pagamento in misura ridotta ».

⁽⁵⁰⁾ Secondo E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, cit., p. 653, è « più opportuno escludere qualsiasi posizione di garanzia rilevante ai sensi dell'art. 40 cpv c.p., pro-

l'operazione sospetta di riciclaggio una posizione di garanzia rilevante ai fini della fattispecie omissiva impropria⁽⁵¹⁾, con i limiti imposti dal necessario rispetto del principio di colpevolezza. A tal fine, infatti, poiché nei confronti del garante rimasto inerte «il punto di osservazione degli elementi del fatto tipico non è quello “privilegiato” dell'autore del reato, che ha illecitamente generato il profitto, bensì quello di qualunque altro soggetto che, nella realizzazione del reato non sia coinvolto neppure a titolo concorsuale»⁽⁵²⁾, risulta particolarmente complesso accertare «la consapevolezza della provenienza delittuosa del bene, oltre, naturalmente, alla volontà di non impedire la realizzazione di un'operazione idonea a creare ostacolo alla identificazione di tale provenienza»⁽⁵³⁾.

Un'interpretazione letterale e del sistema antiriciclaggio di cui al d.lgs. n. 231/2007 consente di qualificare l'obbligo di segnalazione in termini di posizione di garanzia per:

— l'espressa finalità impeditiva del riciclaggio degli obblighi volti a «tutelare l'integrità del sistema economico e finanziario», prevista all'art. 2, commi primo e secondo;

— il carattere preventivo della segnalazione ai sensi dell'art. 35, secondo comma («in presenza degli elementi di sospetto [...], i soggetti obbligati non compiono l'operazione fino al momento in cui non hanno provveduto ad effettuare la segnalazione di operazione sospetta»);

— l'obbligo previsto all'art. 42 di astenersi dall'«instaurare, eseguire ovvero proseguire il rapporto, la prestazione professionale e le operazioni» in caso di «impossibilità oggettiva di effettuare l'adeguata verifica della clientela».

Individuato nella segnalazione di operazioni sospette un obbligo giuridico rilevante a norma dell'art. 40 cpv c.p., per riscontrarne anche la capacità impeditiva occorre considerare che è qualificabile come impeditivo

prio perché trattasi di obblighi di comunicazione e non impeditivi». Conforme R. ACQUAROLI, *Il riciclaggio*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2011, p. 816.

⁽⁵¹⁾ Aderiscono a tale orientamento A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale. III. Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2010, p. 507 e 512; M. ZANCHETTI, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 2007, p. 209 e 215, e F. CENTONZE, *op. cit.*, p. 1786 per il quale «nella normativa antiriciclaggio sussistono senz'altro poteri giuridici astrattamente impeditivi [...] Si pensi alla segnalazione delle operazioni sospette a cui può seguire l'intervento degli organi investigativi e l'eventuale esercizio del potere di sospensione dell'operazione da parte dell'UIF».

⁽⁵²⁾ Così A. CASTALDO, M. NADDEO, *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova, 2010, p. 172.

⁽⁵³⁾ In questi termini F. CENTONZE, *op. cit.*, p. 1792.

«ogni potere giuridico che può astrattamente (secondo un modello di causalità generale) impedire, agendo su una o più fasi del processo di realizzazione del reato, il verificarsi dell'illecito»⁽⁵⁴⁾, fermo restando che l'esistenza di tale potere non dice ancora nulla sul concreto impedimento derivante dall'esercizio di quel potere e che occorre riscontrare mediante un giudizio controfattuale⁽⁵⁵⁾.

Ora se la presenza di meri obblighi di sorveglianza, non accompagnati da poteri impeditivi, è insufficiente ad integrare l'equivalenza normativa, tale giudizio non esige però che il garante disponga di poteri per impedire direttamente l'evento perché sono sufficienti anche poteri di natura sollecitatoria per far intervenire chi dispone del potere impeditivo⁽⁵⁶⁾. Nel caso di specie, questo potere è in capo all'UIF: una volta ricevuta la segnalazione ed anche su richiesta del Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di finanza, della Direzione investigativa antimafia e dell'autorità giudiziaria ovvero su richiesta di un'altra FIU [*Financial Intelligence Unit*], l'UIF può sospendere l'operazione ai sensi dell'art. 6, quarto comma, lett. c, ove non ne derivi pregiudizio per il corso delle indagini.

Il profilo di maggiore interesse riguarda la possibilità di affermare una responsabilità colpevole in capo al garante che ha omesso di segnalare l'operazione sospetta.

⁽⁵⁴⁾ Così F. CENTONZE, *op. cit.*, p. 1784 ss., per il quale «il pregio di questa impostazione è quello di tenere separato il momento della individuazione dei soggetti ai quali l'ordinamento chiede di attivarsi, dalla *quaestio facti* della prova della responsabilità di tali soggetti nel processo [...] la responsabilità penale per omesso impedimento del reato è subordinata alla prova che, nel caso concreto, l'esercizio dei poteri impeditivi a disposizione dell'imputato avrebbe, oltre ogni ragionevole dubbio, bloccato il processo di realizzazione dell'operazione criminosa». Nello stesso senso C. PAONESSA, *Il ruolo dell'Organismo di vigilanza nell'implementazione dei modelli organizzativi e gestionali nella realtà aziendale*, in D. FONDAROLI, C. ZOLI (a cura di), *Modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Torino, 2014, p. 94.

⁽⁵⁵⁾ In senso conforme A. NISCO, *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009, p. 294, secondo il quale «il potere [impeditivo] contribuisce a determinare la previsione legale della fattispecie omissiva, selezionandone modalità di realizzazione alla stregua delle quali il fatto storico sarà, eventualmente, giudicato tipico anche perché *ex post* rivelatosi causale».

⁽⁵⁶⁾ In questi termini Cass. pen., Sez. IV, 21 ottobre 2010, n. 9344, in *Leggi d'Italia*. Conforme 18 gennaio 2013, *ivi*, per cui «i titolari della posizione di garanzia devono essere forniti dei necessari poteri impeditivi degli eventi dannosi. Il che non significa che dei poteri impeditivi debba essere direttamente fornito il garante, è sufficiente che gli siano riservati mezzi idonei a sollecitare gli interventi necessari per evitare che l'evento dannoso venga cagionato».

Se la nozione di sospetto non ha cittadinanza nel codice di rito, nemmeno per avviare un'indagine⁽⁵⁷⁾, deve però ricordarsi che l'art. 35 richiede ai destinatari di adempiere «quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio [...]».

A dispetto della formula di sintesi “segnalazione delle operazioni sospette” adoperata nella rubrica, l'art. 35 rende equivalenti tre presupposti alternativi di rappresentazione di un fatto che dalla conoscenza (“sanno”) degrada al sospetto, regredendo ulteriormente fino ai ragionevoli motivi per sospettare: dalla conoscenza ci si allontana verso l'ipotesi sull'esistenza del fatto da segnalare. Questi diversi presupposti consentono di fissare un punto: nonostante la rubrica dell'art. 35 sia dedicata al sospetto sul fatto, la disciplina presuppone anche la conoscenza del fatto che si riscontra nel sapere che sono in corso o sono state compiute o tentate operazioni di riciclaggio.

Soltanto in quest'ultima circostanza, nell'ipotesi in cui il soggetto obbligato abbia conoscenza e non già nutra un mero sospetto sull'esistenza di operazioni di riciclaggio e quindi sull'origine illecita dei proventi, l'omessa segnalazione può integrare la violazione dell'obbligo giuridico impeditivo.

In questo caso, nel ricostruire l'elemento psicologico del dolo bisognerà accertare la conoscenza dei «presupposti di fatto della posizione di garanzia, che rappresenta un fondamentale elemento costitutivo del fatto tipico [nonché] dell'obbligo extrapenale di agire»⁽⁵⁸⁾, come rilevato dalla Suprema corte⁽⁵⁹⁾ chiamata a pronunciarsi sulla condanna del direttore generale di una banca il quale, «omettendo di agire, pure a fronte di anoma-

(57) A parte l'unica ipotesi dell'art. 116 disp. att. c.p.p., a norma del quale «se per la morte di una persona sorge sospetto di reato, il procuratore della Repubblica accerta la causa della morte e, se lo ravvisa necessario, ordina l'autopsia [...]».

(58) Così G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 613 ss.

(59) Si veda Cass. pen., Sez. VI, 19 luglio 2012, n. 37098, in *Leggi d'Italia*, sul ricorso avverso la condanna per riciclaggio del direttore generale e del direttore di sala di una banca monofiliare «entrambi responsabili delle segnalazioni antiriciclaggio ai sensi del regolamento della banca, [perché] consentivano che tra l'ottobre 2002 e l'agosto 2003, in più tempi successivi, ma nell'esecuzione di un medesimo disegno criminoso, fossero versati assegni circolari [...] provenienti dal delitto di peculato [...]». In particolare, «nella sentenza di condanna in primo grado, poi confermata dalla sentenza impugnata, si legge [che] in merito alla origine dei proventi illeciti, si dà atto che una persona della esperienza [dell'imputato] non poteva non rilevare la stranezza delle movimentazioni sul conto corrente della radio, che veniva costantemente finanziata con mezzi di pagamento anomali rispetto alla operatività della stessa. L'ulteriore anomalia, costituita dai prelievi e versamenti virtuali di contante, dimostrava in modo ancora più evidente che il cliente stava cercando di oscurare la fonte dei suoi proventi. In altre parole, [si] stava commet-

lie, ha dimostrato di accettare il rischio che il cliente utilizzasse la banca per ripulire i proventi illeciti, consentendogli di operare senza ostacoli»⁽⁶⁰⁾. Nell'occasione la sentenza di condanna è stata annullata senza rinvio perché «la volontarietà di consentire l'attività di riciclaggio è stata desunta dalla certezza che [l'imputato] dovesse sapere, certezza che non risulta da prove dirette ma solo in via indiziaria».

La violazione dell'obbligo di cui all'art. 35, pertanto, non comporta l'insorgere di una responsabilità penale per una fattispecie omissiva impropria se la prova «è limitata all'accertamento che [il soggetto obbligato] non avrebbe effettuato attività di controllo, non potendosi escludere che si sia trattato solo di un atteggiamento negligente», dovuto al diverso apprezzamento degli elementi di sospetto, rilevante ai fini dell'illecito amministrativo.

Esclusa in questo caso la possibilità di un concorso colposo nel delitto doloso, limitata all'ipotesi in cui il reato del partecipe sia previsto anche nella forma colposa, tra i quali non rientra certamente il delitto di riciclaggio, l'esigenza che il contributo causale omissivo sia animato dal medesimo elemento soggettivo della componente commissiva⁽⁶¹⁾ porta a chiedersi se il dolo eventuale basti, per entrambe le prospettive, a dichiarare la responsabilità penale.

La giurisprudenza di legittimità afferma da tempo che risponde di riciclaggio, quantomeno a titolo di dolo eventuale, chi accetta il rischio della provenienza delittuosa del bene⁽⁶²⁾. La stessa conclusione è generalmente

tendo il reato di riciclaggio [ed il] comportamento anomalo rendeva riconoscibile l'illecito e [l'imputato] aveva tutti i mezzi a disposizione per rendersene conto».

⁽⁶⁰⁾ La Suprema Corte ha rimarcato l'assenza di «alcuna prova diretta che dimostri un intervento [dell'imputato in posizione di garanzia] per consentire il versamento di tali assegni. Peraltro, proprio la assenza di prove dirette ha fatto mutare la condotta contestata in sede di condanna: dall'ipotesi di condotta specificamente e consapevolmente diretta a consentire il versamento di assegni e lo spostamento ulteriore delle somme per impedirne la tracciabilità si è passati alla condanna ai sensi dell'art. 40 c.p.».

⁽⁶¹⁾ Per l'approfondimento si rinvia a L. RISICATO, *Combinazione ed interferenza di forme di manifestazione del reato, contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Padova, 2001, p. 399 ss., nonché a P. SILVESTRE, *La sempre verde tentazione di sostituirsi al legislatore* (nota a Corte app. Milano, 27 febbraio 2013, n. 8611), in *Giur. mer.*, 07-08/2013, p. 1584 ss., il quale segnala i «meccanismi usualmente utilizzati nella "creazione giurisprudenziale" del diritto: 1) quello della combinazione cumulativa dell'art. 40 cpv., e dell'art. 110 c.p., ad una norma incriminatrice di parte speciale [...] e 2) quello del ricorso al dolo eventuale per ricondurre nell'alveo del dolo l'elemento soggettivo di una condotta di per sé intrinsecamente colposa».

⁽⁶²⁾ Per l'applicazione al riciclaggio di questo principio, costantemente affermato quanto alla ricettazione, si veda Cass. pen. Sez. II, Sent., 26 novembre 2013, n. 8330, in *Leggi d'Italia*.

pacifica anche ai fini della responsabilità del garante che non ha impedito la commissione di un reato da parte di altri, a condizione che vi sia «una rappresentazione anticipata delle conseguenze della condotta, anche nel caso in cui queste conseguenze non siano volute ma comunque accettate»⁽⁶³⁾.

Con riferimento all'ipotizzata posizione di garanzia in materia antiriciclaggio, fino al 2014 la Suprema Corte ha generalmente annullato senza rinvio condanne di soggetti obbligati rimasti inerti in tutti quei casi in cui la volontà di consentire il riciclaggio è stata desunta da una certezza che non risulta da prove, non potendosi affermare la responsabilità sull'assunto che «non poteva non sapere» né escludere che l'omissione fosse dipesa da un atteggiamento negligente.

In seguito alla sentenza delle Sezioni Unite che ha individuato gli indicatori del dolo eventuale⁽⁶⁴⁾ e tenuto conto che il riciclaggio è integrato anche dal dolo eventuale, la Suprema Corte ha condiviso la conclusione della Corte di merito avuto riguardo alla responsabilità del direttore di banca che ha omesso la segnalazione⁽⁶⁵⁾. In particolare, «le operazioni richieste [dalla cliente] e autorizzate [dal direttore] il quale ometteva altresì di effettuare la segnalazione all'UIC, costituivano indici sintomatici del dolo in quanto la situazione fattuale presentava un significato inequivoco che imponeva all'agente una scelta consapevole: agire segnalando o, al contrario, omettere di intervenire consentendo così il perpetrarsi della condotta criminosa [...]. Nella sentenza la componente volontaristica, è ben tracciata ed è ricavata da indici sintomatici quali: l'anomalia delle operazioni connotate “da qualcosa di più del mero sospetto”, la posizione ricoperta, le competenze in materia bancaria, la specificità della normativa violata, diretta ad evitare il riciclaggio di denaro, circostanze tutte che imponevano all'imputato, riconosciute le operazioni come anomale, di astenersi

⁽⁶³⁾ Così Cass. pen., Sez. IV, 6 ottobre 2011, n. 42586, in *Leggi d'Italia*. Conforme 23 maggio 2013, n. 36399, *ivi*.

⁽⁶⁴⁾ Cass. pen., Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2014, p. 1938, con nota di G. FIANDACA, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il “mistero” del dolo eventuale*. Tra gli indicatori del dolo eventuale, le Sezioni Unite hanno individuato: la lontananza della condotta tenuta da quella doverosa; la personalità e le pregresse esperienze dell'agente; durata e ripetizione dell'azione; comportamento successivo al fatto; probabilità verificarsi dell'evento; le conseguenze negative anche per l'autore in caso di sua verifica; possibilità di ritenere che l'agente non si sarebbe trattenuto dalla condotta neppure se avesse avuto contezza della sicura verifica dell'evento.

⁽⁶⁵⁾ Cass. pen., Sez. III, Sent. 14 gennaio 2016, n. 9472, in *Leggi d'Italia*. Nello stesso senso, P. SORBELLO, *Segnalazione di operazioni sospette e posizione di garanzia. Ammissibilità e limiti del concorso per omissione nel delitto di riciclaggio*, in *Ind. pen.*, 3/2015, p. 437.

dal compierle, sicché la scelta attiva di autorizzarle, omettendo le segnalazioni, ha costituito l'esito di un processo decisionale autonomo con accettazione del rischio che si attuasse il riciclaggio»⁽⁶⁶⁾.

4. Alcuni dati, in conclusione.

Nel 2019 l'UIF ha ricevuto dai soggetti obbligati di cui all'art. 3 del d.lgs. n. 231/2007, 105.789 segnalazioni di operazioni sospette, 7.759 unità in più rispetto al 2018⁽⁶⁷⁾. Nel medesimo anno, essa ha presentato 106 denunce ai sensi dell'art. 331 c.p.p.⁽⁶⁸⁾.

Raffrontare i due numeri non è possibile e sarebbe errato perché mentre l'obbligo di segnalare sorge anche in presenza del sospetto di riciclaggio, quello di denuncia *ex art.* 331 c.p.p. soltanto alla notizia di un reato procedibile d'ufficio.

Sul punto occorre considerare la diversa attività svolta dall'UIF e dalla Guardia di Finanza sulle segnalazioni ricevute.

⁽⁶⁶⁾ «Il reato dunque si è sostanziato, per la concorrente [...] nell'apertura del conto corrente, presso la Banca [...] di cui era direttore [il garante], sul quale ella faceva confluire, in più tranches, la somma di Euro 2.444.739,92 provento di una più ampia truffa pari a 3.803.063,13 e, per [il direttore], nell'autorizzare prelevamenti di denaro contante da tale conto corrente, consentendone lo svuotamento in violazione della L. n. 197 del 1991, art. 1, omettendo altresì di segnalare le relative operazioni sospette all'Ufficio Italiano Cambi per un ammontare complessivo di Euro 2.270.000,00, nonché autorizzando, senza la dovuta segnalazione, l'operazione di trasferimento di Euro 160.000,00 sul conto corrente di una sedicente cittadina inglese. A fronte di tali ripetute operazioni, concentrate in un breve lasso di tempo, è stato correttamente ritenuto dalla Corte di merito che la condotta fosse voluta, in termini di accettazione del rischio, in quanto egli, posto nell'alternativa di autorizzare o meno i prelevamenti, si è autodeterminato a permetterli, violando la normativa bancaria [...], pur in presenza di sicuri ed inequivoci indici di illiceità quanto alla provenienza illecita del denaro».

⁽⁶⁷⁾ In base alle informazioni contenute nei rapporti annuali UIF, in valori assoluti il dato è in costante aumento: 67.047 (2019), 64.601 (2013), 71.758 (2014), 82.428 (2015), 101.065 (2016), 93.820 (2017), 98.030 (2018). Il picco relativo al 2016 è stato determinato dalla disciplina sulla regolarizzazione dei capitali detenuti all'estero introdotta dalla citata legge 186/2014.

⁽⁶⁸⁾ Art. 331 (Denuncia da parte di pubblici ufficiali e incaricati di un pubblico servizio) c.p.p.: «1. Salvo quanto stabilito dall'art. 347, i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio che, nell'esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia per iscritto, anche quando non sia individuata la persona alla quale il reato è attribuito. 2. La denuncia è presentata o trasmessa senza ritardo al pubblico ministero o a un ufficiale di polizia giudiziaria. [...]».

In base all'art. 6, quarto comma, lett. *a*) del d.lgs. n. 231/2007, l'Unità effettua l'analisi finanziaria delle segnalazioni ricevute, che poi trasmette al Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di Finanza e alla DIA per il successivo approfondimento investigativo. Il riscontro investigativo o meno dell'originario sospetto potrà infatti consentire di "normalizzare" l'anomalia rilevata dal soggetto obbligato oppure accertare la presenza di un illecito amministrativo (ad esempio, la violazione del divieto di trasferimento di contante sopra soglia) oppure penale (ad esempio, ingenti prelievi dalla cassa o bonifici per restituzione finanziamenti soci per drenare risorse da una società poi dichiarata fallita).

La differenza tra sospetto ed indizio è stata in precedenza giustificata a ragione della natura preventiva del sistema antiriciclaggio. Essa risulterà ancora più evidente dalla comparazione del numero delle segnalazioni pervenute alle FIU dei seguenti Stati membri dell'Unione europea:

	2015	2016	2017	2018	2019
Italia ⁽⁶⁹⁾	82.428	101.065	93.820	98.030	105.789
Francia ⁽⁷⁰⁾	45.266	64.815	71.070	79.376	99.527
Germania ⁽⁷¹⁾	32.008	45.597	59.845	77.252	114.914
Spagna ⁽⁷²⁾	4.757	4.990	4.999	6.563	7.354

In termini assoluti, si registra un aumento progressivo e comune agli Stati esaminati e un numero di segnalazioni ricevute nel 2019 pressoché omogeneo, fatta eccezione per la Spagna ove il significativo divario non ha giustificazioni economiche o istituzionali, ma soltanto giuridiche perché fondate sul diverso presupposto alla base dell'obbligo di segnalare.

Come più volte indicato, l'art. 35 del d.lgs. n. 231/2007 pone l'obbligo di segnalare le operazioni sospette quando gli operatori "sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del

⁽⁶⁹⁾ Unità d'Informazione Finanziaria (UIF): uif.bancaditalia.it.

⁽⁷⁰⁾ La FIU francese è denominata « *Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins* » (TRACFIN): www.economie.gouv.fr/tracfin.

⁽⁷¹⁾ All'interno dell'Amministrazione delle dogane tedesca vi è la Financial Intelligence Unit: www.zoll.de/DE/FIU/fiu_node.html.

⁽⁷²⁾ La FIU spagnola è denominata « *Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias* » (SEPBLAC): www.sepblac.es/es/.

terrorismo”, secondo la medesima locuzione contenuta all’art. 22, primo comma, lett. a) della Direttiva 2005/60/CE (terza direttiva antiriciclaggio).

Se nella versione in lingua spagnola, la stessa Direttiva richiede agli Stati membri di imporre l’obbligo segnalare «*cuando la entidad o persona sujetas a lo dispuesto en la presente Directiva sepan, sospechen o tengan motivos razonables para sospechar que se han cometido o se cometen acciones o tentativas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo*», la legge 28 aprile 2010, n. 10, di attuazione nell’ordinamento spagnolo, prevede all’art. 18, significativamente rubricato “*Comunicación por indicio*” che “*los sujetos obligados comunicarán, por iniciativa propia, al [SEPBLAC] cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto al que, tras el examen especial a que se refiere el artículo precedente, exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo*”.

La circostanza che in base all’art. 18 della legge spagnola 10/2010 l’obbligo sorga all’esistenza di un indizio o finanche della certezza che l’operazione sia collegata al riciclaggio di denaro, se spiega il numero significativamente ridotto delle segnalazioni, porta a riflettere sulla reale efficacia o sull’utilità di un sistema di prevenzione i cui presupposti duplicano quelli del procedimento penale.

Nel sistema amministrativo di contrasto al riciclaggio, ripudiare il sospetto significa rinunciare a un importante strumento di politica criminale, qual è la segnalazione di operazioni sospette. Una simile affermazione non vagheggia minimamente uno stato di polizia né ricerca responsabilità, ma ancor prima la responsabilizzazione dei soggetti obbligati chiamati a collaborare attivamente, anche nel filtrare i fatti da segnalare.

Tutto questo anche nel loro interesse: un mercato in cui si opera correttamente è integro e genera fiducia nei consumatori.

Bibliografia

- ACQUAROLI R., *Il riciclaggio*, in PALAZZO F., PALIERO C.E. (diretto da), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2011.
- ARENA M., DE VIVO A., *I pesanti costi della depenalizzazione antiriciclaggio. Alcune riflessioni sul cumulo sanzionatorio dopo il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8*, in *Documento della Fondazione Nazionale dei Commercialisti*, 15 ottobre 2016.
- BATTAGLIO S., “*Indizio*” e “*prova indiziaria nel processo penale*”, in *Riv. it. proc. pen.*, 1995, pp. 375-436.
- BIANCHI P., *Obblighi di conservazione*, in CARBONE M., BIANCHI P., VALLEFUOCO V., *Le nuove regole antiriciclaggio*, Milano, 2020.
- CARBONE M., *Obblighi di adeguata verifica della clientela*, in CARBONE M., BIANCHI P., VALLEFUOCO V., *Le nuove regole antiriciclaggio*, Milano, 2020.

- CASTALDO A., NADDEO M., *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio*, Padova, 2010.
- CENTONZE F., *La "partnership" pubblico-privato nella prevenzione del riciclaggio e il problema della posizione di garanzia dei componenti degli organi di controllo societari*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli, 2011.
- COSTANZO P., CRISCUOLO L., LUPI G., *L'attività dell'Unione Europea nel campo della prevenzione e del contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di ricerca giuridica*, 60/2008.
- FIANDACA G., *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale* (nota a Cass. pen., Sez. Unite, 18.09.2014, n. 38343), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2014, pp. 1938-1952.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007.
- FIGLIOLA A., *Reato in generale* (voce), in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, 1987.
- FLICK G.M., *Riciclaggio*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991.
- FONDAROLI D., *Riciclaggio e gestione del flusso degli affari illeciti*, in BARGI A. (a cura di), *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, Torino, 2013.
- GIGLIO V., *Strategia antiriciclaggio e norme di condotta per gli intermediari*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2/1999, pp. 263-282.
- MANES V., *Il contrasto al riciclaggio, tra repressione e prevenzione: alcuni nodi problematici*, in *Critica del diritto*, 3-4/2008, pp. 261-283.
- MASCIANDARO D., *Reati e riciclaggio: profili di analisi economica*, in CAPPÀ E., CERQUA L.D. (a cura di), *Il riciclaggio del denaro. Il fenomeno, il reato, le norme di contrasto*, Milano, 2012.
- MILITELLO V., *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Digesto disc. pen.*, IX, Torino, 1995.
- MOCCIA S., *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1998.
- NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna, 2009.
- PAGLIARO A., *Principi di diritto penale, Parte speciale. III. Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2010.
- PALMA A., *La fattispecie codicistica di riciclaggio*, in BERNASCONI C., GIUNTA F. (a cura di), *Riciclaggio e obblighi dei professionisti*, Milano, 2011.
- PAONESSA C., *Il ruolo dell'Organismo di vigilanza nell'implementazione dei modelli organizzativi e gestionali nella realtà aziendale*, in FONDAROLI D., ZOLI C. (a cura di), *Modelli organizzativi ai sensi del d.lgs. n. 231/2001 e tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Torino, 2014.
- RISICATO L., *Combinazione ed interferenza di forme di manifestazione del reato, contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Padova, 2001.
- ROMANO M., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2002.
- ROSSI A., *Note in prima lettura su responsabilità diretta degli enti ai sensi del d.lgs. 231 del 2001 ed autoriciclaggio: criticità, incertezze, illusioni ed azzardi eseguitici*, in *Dir. pen. cont.*, 20 febbraio 2015.
- SEMINARA S., *I soggetti attivi del reato di riciclaggio tra diritto vigente e proposte di riforma*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2005, pp. 233-242.
- SILVESTRE P., *La sempre verde tentazione di sostituirsi al legislatore* (nota a Corte app. Milano, 27.02.2013, n. 8611), in *Giur. mer.*, 07-08/2013, pp. 1577-1589.

- SORBELLO P., *Segnalazione di operazioni sospette e posizione di garanzia. Ammissibilità e limiti del concorso per omissione nel delitto di riciclaggio*, in *Ind. pen.*, 3/2015, pp. 437-471.
- THOMPSON S.G., *The white-collar police force: "duty to report" statutes in criminal Law theory*, in 11 *Wm & Mary Bill Rts.* I, 3/2002.
- UBERTIS G., *I fondamenti normativi della metodologia, il linguaggio processuale ("fonte di prova", "elemento di prova", mezzo di prova", "criterio", "risultato", "indizio", "sospetto")*, in *Quaderni Consiglio Superiore Magistratura*, 98/1997.
- VALLEFUOCO V., *Gli illeciti amministrativi*, in CARBONE M., BIANCHI P., VALLEFUOCO V., *Le nuove regole antiriciclaggio*, Milano, 2020.
- VALLEFUOCO V., *Obblighi di segnalazione e comunicazioni*, in CARBONE M., BIANCHI P., VALLEFUOCO V., *Le nuove regole antiriciclaggio*, Milano, 2020.
- VENEZIANI P., *La responsabilità del professionista in relazione alle normative sul riciclaggio: profili penali e deontologici*, in *Ind. pen.*, 1/2014, pp. 289-299.
- ZANCHETTI M., *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano, 2007.

Sezione V
REATI IN INTERNET

SOFIA BRASCHI

**IL RUOLO DELLE RETI SOCIALI NEL CONTRASTO
AI REATI COMMESSI ALL'INTERNO DEL WEB.
TENDENZE EVOLUTIVE E PROSPETTIVE DI SVILUPPO**

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il concetto di “rete sociale” e la relativa disciplina. — 3. Il fondamento politico-criminale dell’attuale tendenza alla responsabilizzazione dei *Social Network*. — 4. Le soluzioni proposte dalla giurisprudenza e dalla dottrina. — 5. Le prospettive di sviluppo della materia: le “*notice and action procedure*”. — 6. Considerazioni finali.

1. Premessa.

Nel settore della criminalità informatica ⁽¹⁾, la collaborazione fra pubblico e privato costituisce una necessità, che tuttavia solleva molteplici problemi.

Se, infatti, i servizi di connettività sono forniti da operatori privati (gli *Internet Service Provider*, di seguito *ISP*), i quali dispongono di dati essenziali per l’individuazione dei responsabili degli illeciti commessi nella rete, va peraltro considerato che i principali *ISP* sono grandi società che operano su un mercato globale: per tale ragione, per poter acquisire informazioni la pubblica autorità deve generalmente sottostare ai vincoli della cooperazione giudiziaria internazionale, con apprezzabili ricadute in termini di effettività della tutela penale ⁽²⁾. D’altra parte, però, l’imposizione di doveri di collaborazione che implicino un più diretto coinvolgimento degli *ISP* e

⁽¹⁾ Con questa espressione s’intende qui individuare non solamente i reati informatici in senso stretto, ma anche i c.d. reati cibernetici, cioè gli illeciti comuni commessi per il tramite della rete: su questa distinzione e sull’opportunità del suo superamento S. SEMINARA, *Internet (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, 2014, Ann. VII, p. 567 s., e la letteratura *ivi* citata.

⁽²⁾ Sul punto ampiamente C. CONTI, M. TORRE, *Spionaggio digitale nell’ambito dei social network*, in *Le indagini atipiche*, a cura di A. SCALFATI, Giappichelli, Torino, 2019, p. 553 ss. Come noto, sull’effettività della tutela penale rispetto ai reati commessi tramite *internet* incide anche la volatilità del dato digitale; per approfondimenti sulla disciplina della *data retention* nel quadro eurounitario R. FLOR, *Cyber-criminality: le fonti interna-*

una loro conseguente co-responsabilizzazione è in grado di impattare non solamente sulla libertà di iniziativa economica di questi operatori, bensì anche sulla libertà di comunicazione e informazione degli internauti; ne discende che l'intervento repressivo incontra limiti ulteriori, fondati sulla necessità di assicurare la funzione sociale di *internet*⁽³⁾. Infine, non si può trascurare che oggigiorno le grandi piattaforme sociali sono in grado di esercitare un'influenza significativa sulla vita politica delle nazioni⁽⁴⁾: il conferimento ad esse di poteri di controllo si deve quindi confrontare con il principio della sovranità statale.

Come si vede, nel settore in esame il tema della collaborazione fra pubblico e privato è denso di risvolti problematici, che in questa sede non è possibile esaminare. Il presente contributo si concentrerà dunque sul

zionali ed europee, in *Cybercrime*, diretto da A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Utet, Torino, 2019, p. 131 ss.

⁽³⁾ A conferma di ciò si consideri la *Décision n° 2020-801 DC du 18 juin 2020* del *Conseil Constitutionnel* francese, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 1, 4, 5, 7, 8, 9 e 18 della *LOI n° 2020-766 du 24 juin 2020*, che introduceva fra l'altro una serie di obblighi in capo ai gestori delle piattaforme sociali, volti ad assicurare la pronta rimozione dei contenuti illeciti caricati dagli utenti; nel dichiarare la contrarietà a Costituzione della legge, la Corte ha evidenziato l'attitudine delle suddette disposizioni a porre un limite non necessario e comunque sproporzionato alla libertà di espressione degli utenti (c.d. *chilling effect*: sul punto torneremo *infra*, par. 6). Per un inquadramento generale della dimensione costituzionale della rete, in relazione al nostro sistema, vd. invece F. DONATI, *Internet (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, 2014, Annali VII, p. 531 ss.

⁽⁴⁾ Il riferimento va anzitutto alle pratiche di manipolazione del consenso realizzate tramite *Facebook*, che come noto sembrano avere influenzato la vittoria di Donald Trump alle elezioni presidenziali americane del 2016 e l'esito del *referendum* sulla c.d. Brexit (su questi episodi e sulla loro importanza per l'emersione del fenomeno delle *fake news* T. GUERINI, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 30 ss.); nemmeno si può ignorare la recente tendenza delle piattaforme digitali a prendere esse stesse posizione all'interno del dibattito pubblico (da ult. vd. la decisione di alcuni *social* di bloccare l'*account* di Donald Trump in seguito all'assalto al Congresso americano: *E Zuckerberg oscura i profili del presidente americano: «Mina la legalità, rischio troppo grande»*, in *Corriere della sera*, 8 gennaio 2021). Sul piano giuridico, questa realtà è alla base dell'attuale dibattito relativo allo statuto costituzionale delle piattaforme sociali; per il riconoscimento ad esse di una funzione pubblicistica vd. l'isolata posizione di Trib. Roma, sez. impresa, ord. 11 settembre 2019, con cui è stato accolto il ricorso di Casa Pound Italia contro la decisione di *Facebook* di oscurare pagine e *account* riferibili all'associazione e ai suoi rappresentanti, accusati di avere pubblicato contenuti inneggianti all'odio. Per alcune considerazioni critiche intorno a tale ultima decisione P. FALLETTA, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, in *MediaLaws*, 1-2020, pp. 147 ss. e 155 ss.; più in generale, per una panoramica delle opinioni espresse sullo statuto costituzionale di questi *provider*, M. MONTI, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. it. inf. dir.*, 1-2019, pp. 41 ss.

ruolo di una particolare categoria di *ISP*, cioè i fornitori di servizi di *social networking*, rispetto alla repressione dei reati informatici che si realizzano mediante la pubblicazione di immagini, pensieri o informazioni: partirò dall'attuale tendenza a responsabilizzare i gestori delle piattaforme sociali, per poi analizzare le possibili implicazioni in campo penale della previsione di più stringenti obblighi di collaborazione in capo ai suddetti *provider* ⁽⁵⁾.

2. Il concetto di “rete sociale” e la relativa disciplina.

Prima di entrare nel vivo del problema, è utile definire il concetto di rete sociale e ripercorrere i tratti essenziali della relativa disciplina. Con riferimento al primo profilo, si può affermare che i *Social Network* (di seguito *SN*) sono siti che mettono a disposizione uno spazio virtuale, all'interno del quale l'utente ha la possibilità di comunicare e divulgare contenuti, nonché creare un'identità personale e una rete di contatti con la quale condividere le proprie connessioni ⁽⁶⁾; rispetto a questa schematizzazione generale, le maggiori piattaforme sociali si connotano altresì per l'offerta di un servizio gratuito e lo sfruttamento commerciale delle informazioni generate dai singoli fruitori.

Alla luce delle annotazioni che precedono non sorprende che, per questi operatori, venga comunemente esclusa l'applicabilità dell'art. 57 c.p., che come noto disciplina lo statuto di responsabilità dei *media* più tradizionali (quotidiani su carta stampata e, da ultimo, anche *on-line*) ⁽⁷⁾: a tacer d'altro, nelle reti sociali la comunicazione ha carattere interattivo, di talché viene meno la tradizionale distinzione fra produttore e destinatario dell'informazione. L'attività dei *SN* è stata ricondotta invece al d.lgs. 9 aprile

⁽⁵⁾ Si precisa che l'attuale tendenza alla responsabilizzazione degli *ISP* non involge solamente i fornitori di servizi di *social networking*, bensì si proietta anche su altre piattaforme digitali, come i motori di ricerca; nell'impossibilità di una trattazione completa del tema, mi limiterò a esaminare la posizione delle reti sociali, che è stata recentemente al centro di alcune innovative decisioni in campo penale (*infra*, par. 4).

⁽⁶⁾ La definizione riportata nel testo si trova ad esempio in S. MARTINELLI, *L'autorità privata del provider*, in *I poteri privati e il diritto della regolazione*, a cura di P. SIRENA, A. ZOPPINI, Romatre-press, Roma, 2018, p. 556 s. Si precisa che a una sì ampia nozione di *SN* possono essere ricondotti anche siti come *blog* e piattaforme di *video-sharing*; sul punto cfr. C. CONTI, M. TORRE, *Spionaggio digitale*, cit., p. 543 s., testo e nt. 19.

⁽⁷⁾ Per l'estensione dell'art. 57 c.p. ai quotidiani *on-line* Cass., sez. V, 11 dicembre 2017, n. 13398; conf. da ult. ID., sez. V, 23 ottobre 2018, n. 1275, RV. 274385; in dottrina, per alcune considerazioni critiche intorno a tale soluzione, I. PISA, *La responsabilità del direttore di periodico on-line tra vincoli normativi e discutibili novità giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 407 ss.

2003, n. 70, di attuazione della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico; tale disciplina s'impenna sul principio di neutralità del prestatore di servizi nella rete e, in maniera coerente con questo presupposto, da un lato esclude un «obbligo generale di sorveglianza [del *provider*] sulle informazioni che trasmette o memorizza», dall'altro stabilisce all'art. 16 che il gestore del sito non risponde dell'eventuale memorizzazione di informazioni illecite a meno che, venuto a conoscenza «su comunicazione delle autorità competenti» del carattere illecito di tali informazioni, egli non agisca immediatamente per la loro rimozione. Dinanzi al quadro delineato, si è ritenuto che i gestori delle piattaforme sociali siano punibili solamente nei casi di partecipazione attiva ai reati commessi dagli utenti ovvero nell'ipotesi di mancata rimozione dei contenuti illeciti oggetto di segnalazione istituzionale⁽⁸⁾.

Nei tempi più recenti, però, va diffondendosi la convinzione che la suddetta disciplina sia inadatta a regolare l'attività dei grandi *social media*, la quale invero va ben oltre la mera memorizzazione delle informazioni generate dagli internauti: sulla scorta di questa considerazione, un indirizzo giurisprudenziale vieppiù consistente riconosce in capo ai *provider* più penetranti doveri di intervento e conseguentemente allarga i presupposti per la configurazione della responsabilità civile e penale.

Nei limiti del presente contributo, non è possibile analizzare le posizioni assunte dalle diverse corti, anche sovranazionali⁽⁹⁾; soffermiamoci invece sul fondamento politico-criminale dei suddetti orientamenti pretori, per poi riflettere sullo strumento tecnico più adeguato a realizzare un mag-

⁽⁸⁾ Così, ad esempio, Cass., sez. V, 19 febbraio 2018, n. 16751, RV. 272686. Per approfondimenti sul tema D. DE NATALE, *La responsabilità dei fornitori di informazioni in internet per i casi di diffamazione on line*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, pp. 572 ss.; I. SALVADORI, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito*, in *Giur. mer.*, 2007, pp. 1074 ss.

⁽⁹⁾ Per una ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali relativi alla responsabilità degli intermediari digitali per gli illeciti commessi dagli utenti M.R. ALLEGRI, *Ubi social, ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Franco Angeli, Milano, 2018, pp. 61 ss. e 134 ss., in relazione rispettivamente alla tutela del diritto d'autore e alla fattispecie di diffamazione; con specifico riferimento alla giurisprudenza sovranazionale vd. invece L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in *Cybercrime*, cit., p. 81 ss. In questa sede ci limitiamo a richiamare l'attenzione sul concetto di "*host provider attivo*", enucleato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea e penetrato anche nel nostro sistema: la nozione viene utilizzata per individuare i *provider* che agiscono sui dati memorizzati al fine di ottimizzarne la fruizione e che per questa ragione non potrebbero godere delle esenzioni di responsabilità previste dalla Direttiva 2000/31/CE.

gior coinvolgimento delle piattaforme sociali nel contrasto ai reati commessi per il mezzo della rete.

3. Il fondamento politico-criminale dell'attuale tendenza alla responsabilizzazione dei *Social Network*.

Alla base dell'attuale domanda di responsabilizzazione dei *SN* vi è in primo luogo la considerazione di carattere generale secondo cui l'enorme espansione del mercato digitale ha determinato il venir meno delle esigenze economiche che, all'inizio degli anni duemila, avevano giustificato la creazione di aree di impunità a favore dei prestatori di servizi nella rete; per tale ragione, sembra inverosimile chiedere ai *provider* una più consistente partecipazione alla gestione dei rischi connessi all'utilizzo della rete e ai derivanti costi in termini di prevenzione. Peraltro, la capacità di *internet* di raggiungere una cerchia sempre più estesa di persone rende quanto mai grave l'offesa derivante dagli illeciti commessi nel *web*; si spiega così la necessità di assicurare una pronta rimozione dei materiali illeciti caricati dagli utenti.

A queste osservazioni si aggiunge che i *SN* costituiscono un terreno particolarmente fertile per la proliferazione di alcuni fenomeni criminali. Infatti, la possibilità per l'utente di nascondere la propria identità personale, unita alla facoltà di costruire una propria rete di connessioni, comporta il venir meno dei freni inibitori tipici della comunicazione reale; di qui la diffusione dei tradizionali reati di opinione e dei discorsi d'odio, i quali destano un peculiare allarme sociale anche per via della capacità di fuoriuscire dalla dimensione virtuale, sfociando nella commissione di azioni violente⁽¹⁰⁾. Inoltre, occorre considerare che il profitto dei grandi *SN* si basa sullo sfruttamento commerciale delle informazioni condivise dagli utenti; fra l'altro, tale caratterizzazione comporta che la rete sia organizzata in modo da attribuire una particolare visibilità ai materiali che suscitano un interesse maggiore⁽¹¹⁾. Poiché, però, la popolarità di un contenuto pre-

⁽¹⁰⁾ Sul fenomeno dell'*hate speech*, in rapporto anche alla *hate violence*, per tutti, L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, Napoli, 2019, p. 202 ss.; con specifico riferimento alle reti sociali A. SPENA, *La parola(-)odio*, in *Criminalia*, 2016, pp. 580 ss., secondo il quale la diffusione all'interno dei *SN* dei discorsi d'odio va messa in correlazione con alcuni «meccanismi tipici dell'agire di massa», che tenderebbero a verificarsi anche in queste piattaforme digitali.

⁽¹¹⁾ Per approfondimenti, in prospettiva critica, sul modello economico seguito da alcune grandi piattaforme digitali (*SN* come *Facebook*, ma anche motori di ricerca come *Google*), S. ZUBOFF, *The age of surveillance capitalism. The fight for a human future at the*

scinde dalla liceità della sua pubblicazione, ben può accadere che una simile funzionalizzazione della piattaforma allo scopo di profitto del *provider* entri in conflitto con le esigenze di protezione degli interessi degli internauti, conferendo particolare visibilità, ad esempio, a materiali offensivi o discriminatori⁽¹²⁾. Infine, con specifico riferimento agli *hate speech* non si può trascurare che la “politica d’impresa” seguita dalle maggiori piattaforme digitali sembra contribuire alla radicalizzazione dei fruitori della rete: invero, l’uso di programmi di intelligenza artificiale per offrire un’informazione targettizzata concorre a determinare la creazione di *filter bubble* che spingono l’utente a rafforzare le proprie opinioni e ad esacerbare il registro della comunicazione⁽¹³⁾.

In breve: l’attività dei grandi *SN* esibisce rischi peculiari, che, dal punto di vista politico-criminale, giustificano l’attribuzione a questi *provider* di più stringenti compiti di controllo e d’intervento diretti ad assicurare la legalità delle comunicazioni. Una volta giunti a questa conclusione, però, occorre stabilire cosa precipuamente il *SN* sia tenuto a fare e quali siano le implicazioni in campo penale di una sua eventuale mancata attivazione: consideriamo brevemente le risposte recentemente offerte dalla giurisprudenza e dalla dottrina, per poi delineare i possibili sviluppi della materia.

new frontier of power, Profile Books, London, 2019, trad. it. a cura di P. BASSOTTI, *Il capitalismo della sorveglianza*, Luiss University Press, Roma, 2019, spec. pp. 73 ss.

⁽¹²⁾ A conferma delle considerazioni riportate nel testo è sufficiente rammentare la vicenda di Tiziana Cantone, giovane donna ritratta in alcuni video pornografici amatoriali successivamente diffusi senza il suo consenso su *Facebook* e diventati virali: la ragazza si tolse la vita, dopo avere intrapreso una dura battaglia legale volta ad ottenere la rimozione delle pagine che la riguardavano. Per alcune considerazioni sull’accaduto e sulla posizione della piattaforma sociale G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell’era di Internet*, in *Parole e potere. Libertà di espressione, hate-speech e fake-news*, a cura di G. PITRUZZELLA, O. POLLICINO, S. QUINTARELLI, EGEEA, Milano, 2017, ora in *MediaLaws*, 1-2018, pp. 37 ss.

⁽¹³⁾ Per approfondimenti sul punto M. LAMANUZZI, *La disinformazione ai tempi dei social media: una nuova sfida per il diritto penale?*, in *Arch. pen.*, 1-2020, pp. 14 ss.; peraltro, la creazione di *filter bubble* sembra dover essere ricollegata esclusivamente alla c.d. *pre-selected personalization* (così ampiamente M. MONTI, *Regolazione, internet e tecnica: le implicazioni di motori di ricerca e social networks sulla libertà di informazione*, in *federalismi.it*, 24-2017, pp. 20 ss.). Per una panoramica sui criteri seguiti da *Facebook* nell’organizzazione dei contenuti presenti nella rete vd. invece P. COSTA, *Debolezze algoritmiche, umane fragilità. Tecnologie di apprendimento automatico e bias cognitivi nei dispositivi di selezione dei contenuti on-line*, in *Informazione e media nell’età digitale*, a cura di G. AVANZINI, G. MATUCCI, L. MUSSELLI, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 363 ss.

4. Le soluzioni proposte dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Il punto di partenza di qualsivoglia riflessione intorno al ruolo dei *SN* risiede nell'impraticabilità di doveri generalizzati di controllo e filtraggio preventivi: a tacer d'altro, una simile soluzione comporterebbe un'inammissibile limitazione della libertà di comunicazione e informazione degli utenti. Escluso dunque che l'*ISP* possa essere punito per non avere impedito all'internauta di pubblicare un materiale antiggiuridico, l'indagine si sposta sulla possibilità di chiamare i gestori delle piattaforme sociali a rispondere del suo mantenimento nella rete. A questo proposito occorre ricordare che, *de iure condito*, la Direttiva 2000/31/CE subordina la responsabilità del fornitore di servizi *internet* alla conoscenza effettiva dell'antigiuridicità del contenuto, mentre il d.lgs. n. 70 del 2003 stabilisce che l'*host provider* debba attivarsi in seguito alla richiesta dell'autorità giudiziaria.

Tale ultima previsione non consente però di assicurare una tempestiva rimozione del materiale antiggiuridico presente nella rete; pertanto, una parte della giurisprudenza e della dottrina ha preso ad affermare che il *SN* risponde della sua mancata attivazione già in seguito alla segnalazione di un privato. Per giungere a questo risultato, un primo orientamento sostiene la configurabilità di una responsabilità per omesso impedimento della protrazione dell'altrui reato⁽¹⁴⁾, mentre un secondo afferma la qualificazione del *provider* alla stregua di un produttore di contenuti, autonomamente punibile per l'illecita diffusione del materiale precedentemente pubblicato dall'utente⁽¹⁵⁾. Il presupposto di entrambe le ricostruzioni è che il *SN* offre un servizio non "neutrale" e per questa ragione non può godere dei *safe harbour* previsti dalla su richiamata Direttiva⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁴⁾ Così Cass., sez. V, 14 luglio 2016, n. 54946, con nota critica di R. CARBONE, *Responsabilità del blogger: parziale revirement della Cassazione?*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 2782 ss.; aperture verso la soluzione proposta dalla Cassazione si rinvencono, invece, in R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet service provider*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 606.

⁽¹⁵⁾ In questi termini Cass., sez. V, 20 marzo 2019, n. 12546; in dottrina P. LASALVIA, *La diffamazione via web nell'epoca dei social network*, in *Cybercrime*, cit., p. 356 s. Su questa sentenza e su quella citata nella nota che precede B. PANATTONI, *I riflessi penali del perdurare nel tempo dei contenuti illeciti nel cyberspace*, in *Sist. pen.*, 5-2020, pp. 310 ss.; in merito sia consentito rinviare anche a S. BRASCHI, *Social media e responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *MediaLaws*, 3-2020, pp. 163 ss.

⁽¹⁶⁾ Chiaro il riferimento alla figura dell' "*host provider* attivo", a proposito della quale vd. *retro*, nt. 9.

Quanto alla prima soluzione, va considerato però che la maggior parte dei reati di manifestazione del pensiero ha carattere istantaneo⁽¹⁷⁾; per tale ragione, il mantenimento nella rete del contenuto antiggiuridico dà luogo a una condotta susseguente, che giocoforza fuoriesce dallo schema del concorso di persone. Inoltre, poiché nell'attuale sistema normativo non è possibile affermare che, in linea generale, i SN sono titolari di una posizione di garanzia⁽¹⁸⁾, la punibilità per omesso impedimento dell'altrui violazione può trovare spazio solamente in una prospettiva di politica criminale. Osservazioni non dissimili valgono per l'orientamento che afferma la configurabilità di un'autonoma responsabilità del *provider*: in effetti, in assenza di un obbligo di rimozione, non è agevole comprendere come mai l'automatico, ininterrotto funzionamento dei meccanismi di diffusione dei dati nella rete dovrebbe acquisire un'autonoma tipicità penale; se poi si considera che le piattaforme sociali affidano l'organizzazione delle informazioni a sistemi di intelligenza artificiale, sembra impossibile affermare che il *provider* ha il dolo richiesto per la punibilità delle singole violazioni⁽¹⁹⁾. Infine, nel

⁽¹⁷⁾ Sul punto S. SEMINARA, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. inf.*, 1998, p. 765; diversamente L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche*, cit., p. 89 ss. Si segnala che all'interno della giurisprudenza civile ricorre l'affermazione del carattere permanente dei reati commessi nella rete: così, *ex multis*, Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2019, n. 7708, RV. 653569.

⁽¹⁸⁾ Invero, tralasciando la possibilità di ricavare, nell'ambito delle normative di settore, degli specifici doveri di protezione, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ritengono che il d.lgs. n. 70 del 2003 costituisca la fonte di obblighi di attivazione, che solo nel caso di una richiesta d'intervento della competente autorità amministrativa o giudiziaria possono dare luogo a un'autonoma responsabilità penale: così spec. Cass., sez. III, 17 dicembre 2013, n. 5107; in dottrina, *ex multis*, A. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 1626 s.; S. SEMINARA, *Internet*, cit., p. 597 s. Sostiene, invece, l'esistenza di una posizione di garanzia in capo al gestore di una piattaforma di *video-sharing* F. SGUBBI, *Parere pro veritate*, in *Dir. inf.*, 2009, pp. 745 ss.; cfr., con riferimento al settore della pedopornografia, L. PICOTTI, *Art. 600-ter, III comma c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. CADOPPI, Cedam, Padova, 2006, pp. 210 ss., e, rispetto a quello del diritto d'autore, R. FLOR, *Social network e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, p. 681 s.

⁽¹⁹⁾ Per alcune considerazioni critiche intorno a questa soluzione B. PANATTONI, *I riflessi penali*, cit., pp. 316 ss.; evidenzia la difficoltà di rinvenire una «concreta rimproverabilità», anche una volta risolto il problema della tipicità oggettiva dell'illecito addebitato al *provider* C. MELZI D'ERIL, *Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici*, in *MediaLaws*, 1-2017, p. 66. In generale, sulle implicazioni a livello costituzionale dell'assimilazione delle piattaforme sociali ai *content provider*, O. POLLICINO, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet Service Provider*, in *Consulta Online*, 3 febbraio 2014, pp. 18 ss.

silenzio del legislatore, le due ricostruzioni affidano il giudizio sulla neutralità della piattaforma sociale all'interprete e una simile impostazione cozza con le esigenze di certezza del diritto e prevedibilità della sanzione.

Il vero è che, al fine di ottenere una maggiore responsabilizzazione dei gestori delle piattaforme sociali, risulta imprescindibile un intervento del legislatore; assunta questa prospettiva, però, restano da chiarire il fondamento e l'ampiezza della punibilità del *provider*. In proposito, si è già osservato che il fornitore del servizio di *social networking* non ha un legame con l'utente-produttore del contenuto, che giustifichi una responsabilità di tipo editoriale; aggiungiamo che, considerata l'enorme quantità di dati presenti nella rete, nemmeno sembra sensato addebitare al gestore del sito la *volontaria* diffusione di un materiale antiggiuridico. La mia opinione è che, più ragionevolmente, al *SN* possa essere rimproverata la mancata assunzione di misure volte a contenere il rischio della circolazione dei contenuti illeciti pubblicati dagli utenti; il significato di questa affermazione risulterà più chiaro dopo una breve digressione sul funzionamento delle "procedure di segnalazione e rimozione" (*notice and action procedure*).

5. Le prospettive di sviluppo della materia: le "notice and action procedure".

Con l'espressione "*notice and action procedure*" o "*notice and take down procedure*" s'intende un meccanismo di controllo successivo, caratterizzato per l'eliminazione da parte del gestore della piattaforma sociale dei contenuti illeciti segnalati dagli utenti; sorte sul terreno del diritto d'autore e progressivamente estese alla repressione dei discorsi d'odio, siffatte "procedure di segnalazione e rimozione" stanno acquisendo un'importanza sempre maggiore all'interno del continente europeo⁽²⁰⁾.

In primo luogo, infatti, non si può trascurare che, in una prospettiva di parziale superamento della Direttiva 2000/31/CE, lo scorso 15 dicembre 2020 la Commissione Europea ha presentato una proposta di Regolamento

⁽²⁰⁾ Sulle origini delle procedure di segnalazione e rimozione, anche in ottica comparata, B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Dir. pen. cont.*, 5-2018, pp. 256 ss. Per completezza, va ricordato che nel 2016 la Commissione europea, in collaborazione con alcune piattaforme digitali, ha promosso la redazione del *Code of conduct countering illegal hate speech online*, il quale fra l'altro stabilisce che «le aziende informatiche predispongono procedure chiare ed efficaci per esaminare le segnalazioni riguardanti forme illegali di incitamento all'odio nei servizi da loro offerti, in modo da poter rimuovere tali contenuti o disabilitarne l'accesso»; l'importanza delle suddette procedure è stata ribadita anche dalla Raccomandazione n. 2018/334, del 1° marzo 2018.

(*Digital Services Act*, di seguito *DSA*), che mira a subordinare l'esonero dalla responsabilità per la memorizzazione dei contenuti illeciti generati dagli utenti all'adozione, da parte degli *hosting provider*, di procedure di segnalazione e rimozione. Si prevede che i fornitori di servizi di memorizzazione debbano mettere in atto meccanismi trasparenti e facilmente accessibili, che consentano a qualsiasi persona di segnalare la presenza di specifici contenuti illegali (art. 14) ⁽²¹⁾. Quindi, si chiarisce che, nel caso di segnalazione sufficientemente precisa e motivata, il gestore della piattaforma digitale ha una "conoscenza effettiva" della violazione commessa dall'utente; donde la sua responsabilità nel caso di mancata rimozione del contenuto oggetto di memorizzazione ⁽²²⁾. Tale innovazione non sorprende, ove solo si consideri che in un'analogia direzione si era già orientata la Direttiva 2019/790/UE del 17 aprile 2019, in tema di *copyright*: dopo avere stabilito che le piattaforme di *file-sharing* non beneficiano delle esenzioni stabilite dalla Direttiva sul commercio elettronico, l'art. 17 da un lato ha affermato la responsabilità del *provider* per la messa a disposizione del materiale protetto da diritto d'autore, dall'altro ha stabilito che il gestore del sito non risponde nel caso dimostri «di aver agito tempestivamente, dopo aver ricevuto una segnalazione sufficientemente motivata dai titolari dei diritti, per disabilitare l'accesso o rimuovere [dal sito] *web* le opere o altri materiali oggetto di segnalazione e aver compiuto i massimi sforzi per impedirne il caricamento in futuro» ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Il testo della proposta è reperibile al seguente *link*: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en.

⁽²²⁾ Va evidenziato che le *online platform* di medie e grandi dimensioni devono altresì adottare un sistema interno di reclamo e comunicare ai competenti organi di polizia le informazioni di cui siano venuti a conoscenza, dalle quali sia possibile ricavare il sospetto che è stato commesso o è in corso un grave reato, il quale comporti un pericolo per la vita e l'incolumità fisica della persona; la definizione di *online platform* si rinviene all'art. 2, lett. *b*) («fornitori di servizi di memorizzazione, che non si limitano a immagazzinare le informazioni fornite dagli utenti del servizio, bensì, su loro richiesta, diffondono ulteriormente le suddette informazioni presso il pubblico, sempre che questa attività non sia minore e ancillare rispetto a un altro servizio»), mentre l'art. 16 chiarisce che sono esentati dagli obblighi previsti dalla sezione le *online platform* che rientrino nella nozione di *micro or small enterprise* ai sensi della Raccomandazione 2003/361/EC. Per completezza, segnaliamo infine che il *DSA* prevede ulteriori doveri per le *very large platform*, fra i quali rientrano l'adozione di misure di valutazione e mitigazione dei rischi di diffusione di contenuti antigiuridici e obblighi di trasparenza e rendicontazione (artt. 25 ss.).

⁽²³⁾ È opportuno precisare che la Direttiva si applica al «prestatore di servizi della società dell'informazione il cui scopo principale o uno dei principali scopi è quello di memorizzare e dare accesso al pubblico a grandi quantità di opere protette dal diritto d'autore o altri materiali protetti caricati dai suoi utenti, che il servizio organizza e promuove

Analoghe soluzioni sono state già sperimentate nell'ambito delle legislazioni nazionali. Anzitutto, va rammentato che nel 2017 la Germania si è dotata di una "legge per il miglioramento della tutela dei diritti sui *social network*" (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, di seguito NetzDG), la quale prevede che i SN con più di due milioni di utenti registrati all'interno dello stato tedesco siano tenuti ad adottare procedure trasparenti ed efficaci per la rimozione del materiale anti-giuridico⁽²⁴⁾. Senza entrare nel dettaglio della normativa, è bene sottolineare che la NetzDG impone termini stringenti per la rimozione dei contenuti oggetto di segnalazione (ventiquattro ore nelle ipotesi di illiceità manifesta, sette giorni negli altri casi), stabilendo peraltro che, per la soluzione dei casi più controversi, il SN abbia la possibilità di interpellare un organo di autoregolamentazione indipendente appositamente creato; commina inoltre onerose sanzioni pecuniarie per l'ipotesi della sua mancata attuazione (fino a cinque milioni di euro nei casi più gravi, par. 4). Nella medesima direzione sembra volersi orientare anche l'ordinamento austriaco⁽²⁵⁾, mentre in Francia il *Conseil Constitutionnel* ha censurato la *LOI n° 2020-766, du 24 juin 2020*, che imponeva alle piattaforme digitali l'adozione di misure di *no-*

a scopo di lucro» (art. 2, n. 6). Se, in linea generale, «i prestatori di servizi di condivisione di contenuti *online* sono responsabili per atti non autorizzati di comunicazione al pubblico, compresa la messa a disposizione», la loro responsabilità è però esclusa — oltretutto nei casi indicati nel testo — se dimostrano di «aver compiuto i massimi sforzi per ottenere un'autorizzazione» ovvero di «aver compiuto, secondo elevati standard di diligenza professionale di settore, i massimi sforzi per assicurare che non siano disponibili opere e altri materiali specifici per i quali [abbiano] ricevuto le informazioni pertinenti e necessarie dai titolari dei diritti» (art. 17).

⁽²⁴⁾ BT-Drucksache 18/12356; il testo in italiano della legge può essere consultato in *Dir. inf.*, 2017, pp. 723 ss. (trad. a cura di G. CODIGLIONE). Sui contenuti del provvedimento e sulle ragioni alla base della sua adozione vd. S. MÜLLER-FRANKEN, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? - Verfassungsrechtliche Fragen*, in *Archiv für Presserecht*, 2018, pp. 1 ss. e, nella dottrina italiana, T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, cit., p. 79 ss. Si evidenzia che la NetzDG, se da un lato adotta una nozione ampia di SN, dall'altro dà rilevanza alla finalità di profitto dell'attività svolta da questi operatori; siffatta soluzione, che per la verità sembra un ragionevole tentativo di limitare l'operatività degli obblighi ai soggetti dotati dei mezzi economici necessari alla loro implementazione, è invece criticata da M. BASSINI, G.E. VIGEVANI, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws*, 1-2017, p. 19, secondo i quali l'«approccio tedesco (basato sul *follow the money*) appare problematico in quanto presuppone che la capacità di ottenere profitti da parte di una piattaforma significhi un suo maggiore coinvolgimento (o quantomeno l'esigibilità di una condotta attiva) nella rimozione dei contenuti».

⁽²⁵⁾ Si allude alla *Bundesgesetz über Maßnahmen zum Schutz der Nutzer auf Kommunikationsplattformen (Kommunikationsplattformen-gesetz-KoPi-G)*, reperibile al seguente link: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/ME/ME_00049/index.shtml.

tice and action, minacciando gravi sanzioni in caso di inadempimento: partendo dal presupposto che la previsione di doveri di controllo e di rimozione da attuare entro termini stringenti incentivi l'assunzione da parte degli ISP di atteggiamenti censori, la Corte ha ritenuto la suddetta legge lesiva della libertà di comunicazione e informazione degli utenti⁽²⁶⁾.

Quanto, infine, al nostro sistema, alle procedure di segnalazione e rimozione dei contenuti fa riferimento la l. 29 maggio 2017, n. 71, in tema di *cyberbullismo*: l'art. 2 prevede che il minore ultraquattordicenne, nonché il genitore o esercente la responsabilità del minore che abbia subito atti di *cyberbullismo* possono chiedere l'oscuramento di qualsiasi dato personale della vittima al titolare della piattaforma sociale. La legge non contempla alcuna sanzione per l'ipotesi in cui il *provider* ometta di dare un riscontro tempestivo; tuttavia, stabilisce che, in questa eventualità, l'utente abbia la possibilità di adire il Garante della *privacy* al fine di ottenere la pronta rimozione del contenuto illecito oggetto della segnalazione. Infine, verso l'introduzione di procedure obbligatorie di segnalazione e rimozione si orientava anche il d.d.l. n. 3001, del 14 dicembre 2017, c.d. d.d.l. Zanda-Filippin, il quale presentava contenuti affini alla su menzionata NetzDG; tale proposta, però, non ha mai avviato l'*iter* parlamentare⁽²⁷⁾.

Sintetizzando, si può affermare che sul versante legislativo si registra una comune tendenza ad attribuire alle piattaforme sociali doveri di controllo successivo, eventualmente sanzionandole per la loro mancata implementazione: in tal modo, si ritiene possibile limitare i danni derivanti dalla pubblicazione di materiali anti-giuridici, senza peraltro gravare gli ISP di obblighi eccessivamente onerosi né attuare una sorveglianza generalizzata delle comunicazioni.

⁽²⁶⁾ Va però segnalato che nel 2018 la Francia si è dotata di due leggi (*Loi organique n° 2018-1201 e n° 2018-1202, du 22 décembre 2018*), che prevedono alcuni obblighi di trasparenza in capo ai *provider* e stabiliscono la possibilità, durante il periodo elettorale, di ricorrere agli organi giudiziari per ottenere entro 48 ore la rimozione di notizie false diffuse nella rete; tali previsioni sono state giudicate compatibili con la Costituzione dal *Conseil Constitutionnel* con la *Décision n° 2018-773, du 20 décembre 2018*. Per approfondimenti sui contenuti della legge e sulla decisione T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, cit., p. 75 ss.; C. MAGNANI, *Libertà d'informazione on-line e fake-news: vera emergenza? Appunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in *www.forumcostituzionale.it*, 18 aprile 2019, p. 16 ss.

⁽²⁷⁾ Sul contenuto della proposta e per alcune considerazioni critiche T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, cit., pp. 173 ss.; F. DE SIMONE, "Fake news", "post truth", "hate speech": *nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale*, in *Arch. pen.*, 2 aprile 2018, pp. 17 ss.; dal punto di vista del diritto costituzionale, M. MONTI, *La proposta del d.d.l. Zanda-Filippin sul contrasto alle fake news sui social network: profili problematici*, in *www.diritticomparati.it*, 7 dicembre 2017, spec. pp. 3 ss.

6. Considerazioni finali.

A questo punto, è possibile svolgere alcune considerazioni conclusive intorno ai possibili sviluppi della materia. Abbiamo visto che, in linea generale, si fa strada l'idea secondo cui, per minimizzare il rischio della circolazione di materiali antiggiuridici nella rete, è opportuno incentivare l'adozione da parte delle piattaforme sociali di meccanismi di controllo successivo, attivabili su richiesta dell'utente e finalizzati alla rimozione dei contenuti illeciti. Questa evoluzione, se da un lato riflette condivisibili esigenze di tutela, dall'altro consente di ovviare alla inadeguatezza dei modelli di responsabilità già sperimentati con riferimento ai *media* più tradizionali: a tacer d'altro, la loro estensione ai *SN* è ostacolata dalle caratteristiche della comunicazione digitale e dall'ampiezza dei dati presenti nella rete. Dal confronto fra le disposizioni che abbiamo prima menzionato emerge però che la valorizzazione delle misure di *notice and action* solleva due fondamentali interrogativi: il primo involge l'ampiezza dei poteri che possono essere delegati alle piattaforme digitali, il secondo riguarda invece il riflesso delle suddette procedure sulla responsabilità del fornitore di servizi nella rete. Esaminiamoli brevemente.

Con riferimento alla prima questione, si è visto che l'attribuzione al *SN* del compito di stabilire la liceità di una pubblicazione solleva perplessità che attengono al rispetto della libertà di espressione e informazione degli internauti. In effetti, il *provider* non è un soggetto imparziale, sicché il conferimento ad esso di funzioni di controllo non sembra offrire sufficienti rassicurazioni contro il pericolo di decisioni arbitrarie⁽²⁸⁾; peraltro, il *SN* a differenza di un editore ha uno scarso interesse alla singola pubblicazione e per questo motivo è portato a eliminare i contenuti oggetto di segnalazione, così ulteriormente comprimendo la libera circolazione delle opinioni nella rete (c.d. *chilling effect*)⁽²⁹⁾. Infine, non si possono trascurare i costi derivanti

⁽²⁸⁾ Sul punto M. MONTI, *Privatizzazione della censura*, cit., pp. 37 ss.; il problema era stato già sollevato, con riferimento però al motore di ricerca *Google*, da O. POLLICINO, *Google rischia di "vestire" un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole 24 ore*, 14 maggio 2014. È chiaro, peraltro, che il rischio di decisioni arbitrarie si manifesta soprattutto allorché si rende necessario bilanciare esigenze di tutela e libertà costituzionali, come nei tradizionali reati di opinione, ovvero in presenza di illeciti politicamente più sensibili (cfr. però, con riferimento ai reati di parola collegati al terrorismo internazionale di matrice islamica F. FASANI, *Le "parole preparatorie". I reati antiterrorismo di parola nell'era dei new media*, in *DPC-RT*, 1-2019, pp. 117 ss.).

⁽²⁹⁾ Si tratta del fenomeno del c.d. *overblocking*: in merito vd. le considerazioni di E. ROSATI, G. SARTOR, *Social networks e responsabilità del provider*, in *EUI working papers*, LAW 5-2012, p. 8: «Mentre l'editore del giornale ha un forte interesse alla pubblicazione degli articoli, ciascuno dei quali è importante elemento del giornale e concorre a determinarne il valore

dalla necessità di soddisfare gli obblighi di controllo imposti dal legislatore, i quali rischiano di pregiudicare i siti di piccole dimensioni e conseguentemente intaccare il pluralismo dell'informazione.

Sebbene dotate di fondamento, queste osservazioni non sembrano però decisive. Per non pregiudicare la funzione sociale delle piattaforme digitali, una parte della dottrina ha invero proposto di affiancare i *provider* nelle singole decisioni, mediante l'istituzione di appositi organi statali⁽³⁰⁾: questa soluzione consentirebbe di assicurare il controllo sull'operato del *SN* e al contempo arginare l'adozione di atteggiamenti censori, volti a ridurre il rischio di incappare nella responsabilità civile e penale. Nella medesima direzione si muove anche il *DSA*, il quale, se da un lato impone alle medio-grandi piattaforme di implementare sistemi interni di reclamo, dall'altro statuisce che i soggetti raggiunti da un provvedimento del *provider*, che abbia stabilito la rimozione di un contenuto o la disabilitazione del relativo *account* personale, abbiano la possibilità di rivolgersi ad appositi e riconosciuti organi stragiudiziali; in ogni caso, resta impregiudicato il diritto dell'utente alla tutela giurisdizionale⁽³¹⁾.

Più articolato — quantomeno nella prospettiva del cultore del diritto penale — è il discorso relativo all'incidenza delle procedure di *notice and action* sulla responsabilità del *provider*: a questo proposito occorre assicurare che il

commerciale, il titolare di una piattaforma aperta per il *Web* ha scarso interesse alla presenza di un particolare contributo [...] e pertanto normalmente anziché difendere quel contributo di fronte alle rimostranze dei terzi, preferirà procedere alla sua rimozione». Condividono queste osservazioni, *ex multis*, M. BASSINI, G.E. VIGEVANI, *Primi appunti*, cit., p. 20; C. MELZI D'ERIL, *Fake news e responsabilità*, cit., p. 66. Con specifico riferimento all'impostazione accolta dalla *NetzDG*, cfr. G. NOLTE, *Hate-Speech, Fake-News, das «Netzwerkdurchsetzungsgesetz» und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen*, in *Zeitschrift für Medienwissenschaft*, 2017, pp. 556 ss., e A. LANG, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit. Zur Regulierung privater Internet-Intermediäre bei der Bekämpfung von Hassrede*, in *Archiv des Öffentlichen Recht*, 2-2018, pp. 232 ss.

⁽³⁰⁾ Così M. MONTI, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, 4-2019, p. 826 s., il quale sostiene la necessità di affidare alla pubblica autorità il giudizio “in secondo grado” sulla liceità della pubblicazione; la necessità del coinvolgimento di organi statali è stata affermata per la prima volta da G. PITRUZZELLA, *La libertà di informazione*, cit., p. 26. Nella letteratura penalistica cfr. T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, cit., p. 206 ss., il quale individua nella *NetzDG* un modello di disciplina esportabile anche nel nostro paese, ritenendo peraltro opportuno affidare a un'autorità amministrativa indipendente — nello specifico l'AGCOM — il ruolo di «intermediario tra chi propone il reclamo e il gestore del *social network*, chiamato a valutarne la fondatezza».

⁽³¹⁾ In proposito vd. gli artt. 17 e 18. Il *DSA* prevede inoltre l'istituzione, all'interno di ciascuno stato membro, di un *Digital service coordinator* chiamato a vigilare sull'esatta attuazione del Regolamento; fra l'altro, questo soggetto deve certificare l'imparzialità e adeguatezza degli organismi di risoluzione delle controversie citati nel testo.

SN eserciti un controllo effettivo, senza peraltro sfociare in forme di responsabilità di posizione, che avrebbero, fra l'altro, la conseguenza di mortificare l'iniziativa economica degli operatori e la libertà di informazione degli utenti. Ciò precisato, abbiamo visto che la Direttiva 2019/790/UE sembra individuare nella predisposizione di meccanismi di segnalazione e rimozione un'esimente per la responsabilità derivante dalla diffusione dei contenuti antigiuridici pubblicati dall'utente, mentre il sistema tedesco ha optato per la creazione di un autonomo illecito amministrativo, incentrato sulla mancata implementazione delle suddette procedure.

A livello strutturale, la prima soluzione ricalca la più tradizionale responsabilità di tipo editoriale, dalla quale si distingue però per il carattere successivo del controllo e per la maggiore specificazione del dovere di diligenza imposto alla piattaforma sociale: in buona sostanza, si tratta infatti di addebitare al *provider* la *colposa* diffusione del contenuto antigiuridico prodotto dall'utente⁽³²⁾. La ricostruzione presta il fianco però a due obiezioni: anzitutto, si potrebbe osservare che ha poco senso applicare al *SN* la pena prevista per il fatto principale, atteso che la sua "colpa" consiste in un difetto di organizzazione; in secondo luogo, in assenza di una specifica previsione, il compito di verificare l'adeguatezza del sistema di segnalazione e rimozione spetta al giudice competente per il reato informatico e una simile impostazione potrebbe incidere negativamente sulla prevedibilità della sanzione⁽³³⁾. Sotto questo profilo, parrebbe dunque preferibile la soluzione accolta dalla NetzDG, che affida a un apposito ufficio il giudizio relativo alla congruità dei meccanismi di "*notice and action*"⁽³⁴⁾; parametrando la sanzione alle dimensioni del *SN*, questa legge sembra inoltre assicurare una maggiore effettività all'obbligo di implementare il sistema di segnalazione e

⁽³²⁾ Sul modello di responsabilità disciplinato dall'art. 57 c.p., che secondo la dottrina più recente configura un autonomo reato proprio colposo dell'editore, vd. per tutti F. MANTOVANI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹¹, Cedam-Wolters Kluwer, Milano, 2020, p. 429, e la letteratura ivi citata; è peraltro opportuno sottolineare ancora che il rapporto fra *SN* e produttore del contenuto è molto meno stretto di quello che lega editore e giornalista.

⁽³³⁾ È cioè evidente che l'illecito commesso dalla piattaforma sociale presenta un più marcato carattere economico; con riferimento alla seconda osservazione, parafrasando considerazioni sviluppate nel settore della responsabilità amministrativa degli enti, si potrebbe affermare che "alla certezza dei costi (di progettazione e implementazione del sistema di segnalazione e rimozione) si contrappone l'incertezza della valutazione di adeguatezza" (sul punto vd. ampiamente C. PIERGALLINI, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Le Soc.*, 2011, pp. 49 ss.).

⁽³⁴⁾ Per alcune considerazioni critiche sulla terzietà dei soggetti coinvolti nella valutazione dell'adeguatezza del sistema di *notice and action* C. MAGNANI, *Libertà d'informazione on-line*, cit., p. 15 s.

rimozione. D'altra parte, però, occorre evidenziare che la disciplina tedesca si caratterizza per un notevole rigore punitivo, il quale trova scarsa giustificazione alla luce della posizione secondaria dell'ISP rispetto all'autore della violazione principale; se poi si considera che nel settore della comunicazione la previsione di sanzioni fortemente afflittive solleva delicati problemi in termini di legittimità costituzionale⁽³⁵⁾, prende forza l'idea di temperare le sanzioni applicabili alle piattaforme sociali.

Concludendo, segnaliamo che, al fine di assicurare l'attuazione del Regolamento, il DSA prevede che gli stati membri debbano adottare sanzioni «efficaci, proporzionate e dissuasive», senza peraltro superare limiti percentuali legati all'entità del fatturato del singolo intermediario digitale (art. 42): ove ve ne fosse bisogno, la previsione conferma che i *provider* sono destinati a ricoprire un ruolo sempre più importante nel contrasto ai reati commessi nella rete e suggerisce la necessità di aggiornare la riflessione intorno allo statuto penale di questi operatori.

Bibliografia

- ALLEGRI Maria Romana, *Ubi social, ibi ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Franco Angeli, Milano, 2018.
- BARTOLI Roberto, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet service provider*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 600-606.
- BASSINI Marco, VIGEVANI Giulio Enea, *Primi appunti su fake news e dintorni*, in *MediaLaws*, 1-2017, pp. 1-12.
- BRASCHI Sofia, *Social media e responsabilità penale dell'Internet Service Provider*, in *MediaLaws*, 3-2020, pp. 157-177.
- CARBONE Roberto, *Responsabilità del blogger: parziale revirement della Cassazione?*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 2782-2789.
- CONTI Carlotta, TORRE Marco, *Spionaggio digitale nell'ambito dei social network*, in *Le indagini atipiche*, a cura di SCALFATI Adolfo, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 535-565.
- COSTA Paolo, *Debolezze algoritmiche, umane fragilità. Tecnologie di apprendimento automatico e bias cognitivi nei dispositivi di selezione dei contenuti on-line*, in

⁽³⁵⁾ In proposito, è sufficiente rammentare le numerose prese di posizione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo contro il ricorso alla pena detentiva per le violazioni commesse dai *media* più tradizionali e la conseguente questione di legittimità costituzionale avanzata nel nostro sistema per il delitto di diffamazione a mezzo stampa: sul punto, per tutti, M.C. UBIALI, *Diffamazione a mezzo stampa e pena detentiva: la Corte costituzionale dà un anno di tempo al Parlamento per trovare un punto di equilibrio tra libertà di espressione e tutela della reputazione individuale, in linea con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1476 ss.

- Informazione e media nell'età digitale*, a cura di Giulia AVANZINI, Giuditta MA-
TUCCI, Lucia MUSSELLI, Giuffrè, Milano, 2019, pp. 355-377.
- DE NATALE Domenico, *La responsabilità dei fornitori di informazioni in internet per i casi di diffamazione on line*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, pp. 509-585.
- DE SIMONE Federica, "Fake news", "post truth", "hate speech": *nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale*, in *Arch. pen.*, 2 aprile 2018, pp. 1-49.
- DONATI Filippo, *Internet (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, 2014, Annali VII, pp. 532-545.
- FALLETTA Pietro, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio on-line*, in *MediaLaws*, 1-2020, pp. 146-158.
- FASANI Fabio, *Le "parole preparatorie". I reati antiterrorismo di parola nell'era dei new media*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 1-2019, pp. 104-141.
- FLOR Roberto, *Social network e violazioni penali dei diritti d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2012, pp. 647-694.
- FLOR Roberto, *Cyber-criminality: le fonti internazionali ed europee*, in *Cybercrime*, diretto da CADOPPI Alberto, CANESTRARI Stefano, MANNA Adelmo, PAPA Michele, Utet, Torino, 2019, pp. 97-139.
- GOISIS Luciana, *Crimini d'odio. Discriminazioni e giustizia penale*, Jovene, Napoli, 2019.
- GUERINI Tommaso, *Fake news e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Giappichelli, Torino, 2019.
- INGRASSIA Alex, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 1621-1628.
- LAMANUZZI Marta, *La disinformazione ai tempi dei social media: una nuova sfida per il diritto penale?*, in *Arch. pen.*, 1-2020, pp. 1-36.
- LANG Andrej, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit. Zur Regulierung privater Internet-Intermediäre bei der Bekämpfung von Hassrede*, in *Archiv des Öffentlichen Recht*, 2-2018, pp. 220-250.
- LASALVIA Pio, *La diffamazione via web nell'epoca dei social network*, in *Cybercrime*, diretto da CADOPPI Alberto, CANESTRARI Stefano, MANNA Adelmo, PAPA Michele, Utet, Torino, 2019, pp. 331-371.
- MAGNANI Carlo, *Libertà d'informazione on-line e fake-news: vera emergenza? Apunti sul contrasto alla disinformazione tra legislatori statali e politiche europee*, in *www.forumcostituzionale.it*, 18 aprile 2019, pp. 1-29.
- MANTOVANI Ferrando, *Manuale di diritto penale. Parte generale*¹¹, Cedam-Wolters Kluwer, Milano, 2020.
- MARTINELLI Silvia, *L'autorità privata del provider*, in *I poteri privati e il diritto della regolazione*, a cura di SIRENA Pietro, ZOPPINI Andrea, Romatre-press, Roma, 2018, pp. 555-568.
- MELZI D'ERIL Carlo, *Fake news e responsabilità: paradigmi classici e tendenze incriminatrici*, in *MediaLaws*, 1-2017, pp. 60-67.
- MONTI Matteo, *Regolazione, internet e tecnica: le implicazioni di motori di ricerca e social networks sulla libertà di informazione*, in *federalismi.it*, 24-2017, pp. 1-31.
- MONTI Matteo, *La proposta del d.d.l. Zanda-Filippin sul contrasto alle fake news sui social network: profili problematici*, in *www.diritticomparati.it*, 7 dicembre 2017.
- MONTI Matteo, *Le Internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quad. cost.*, 4-2019, pp. 811-840.

- MONTI Matteo, *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà di espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. it. inf. dir.*, 1-2019, pp. 35-51.
- MÜLLER-FRANKEN Sebastian, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Selbstbehauptung des Rechts oder erster Schritt in die selbstregulierte Vorzensur? — Verfassungsrechtliche Fragen*, in *Archiv für Presserecht*, 2018, pp. 1-13.
- NOLTE Georg, *Hate-Speech, Fake-News, das «Netzwerkdurchsetzungsgesetz» und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen*, in *Zeitschrift für Medienwissenschaft*, 2017, pp. 552-565.
- PANATTONI Beatrice, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Dir. pen. cont.*, 5-2018, pp. 249-263.
- PANATTONI Beatrice, *I riflessi penali del perdurare nel tempo dei contenuti illeciti nel cyberspace*, in *Sist. pen.*, 5-2020, pp. 303-324.
- PICOTTI Lorenzo, *Art. 600-ter, III comma c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di CADOPPI Alberto, Cedam, Padova, 2006, pp. 175-212.
- PICOTTI Lorenzo, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in *Cybercrime*, diretto da CADOPPI Alberto, CANESTRARI Stefano, MANNA Adelmo, PAPA Michele, Utet, Torino, 2019, pp. 35-96.
- PIERGALLINI Carlo, *Il modello organizzativo alla verifica della prassi*, in *Le Soc.*, 2011, pp. 46-64.
- PISA Ilaria, *La responsabilità del direttore di periodico on-line tra vincoli normativi e discutibili novità giurisprudenziali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 407-412.
- PITRUZZELLA Giovanni, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in *Parole e potere. Libertà di espressione, hate-speech e fake-news*, a cura di PITRUZZELLA Giovanni, POLLICINO Oreste, QUINTARELLI Stefano, EGEEA, 2017, ora in *MediaLaws*, 1-2018, pp. 19-47.
- POLLICINO Oreste, *Tutela del pluralismo nell'era digitale: ruolo e responsabilità degli Internet Service Provider*, in *Consulta Online*, 3 febbraio 2014, pp. 1-27.
- POLLICINO Oreste, *Google rischia di "vestire" un ruolo para-costituzionale*, in *Il Sole 24 ore*, 14 maggio 2014.
- ROSATI Eleonora, SARTOR Giovanni, *Social networks e responsabilità del provider*, in *EUI working papers*, LAW 5-2012, pp. 1-30.
- SALVADORI Ivan, *I presupposti della responsabilità penale del blogger per gli scritti offensivi pubblicati su un blog da lui gestito*, in *Giur. mer.*, 2007, pp. 1069-1079.
- SEMINARA Sergio, *La responsabilità penale degli operatori su internet*, in *Dir. inf.*, 1998, pp. 745-774.
- SEMINARA Sergio, *Internet (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, 2014, Ann. VII, pp. 567-606.
- SGUBBI Filippo, *Parere pro veritate*, in *Dir. inf.*, 2009, pp. 745-748.
- SPENA Alessandro, *La parola(-)odio*, in *Criminalia*, 2016, pp. 577-607.
- UBIALI Maria Chiara, *Diffamazione a mezzo stampa e pena detentiva: la Corte costituzionale dà un anno di tempo al Parlamento per trovare un punto di equilibrio tra libertà di espressione e tutela della reputazione individuale, in linea con i principi costituzionali e convenzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, pp. 1476-1500.
- ZUBOFF Shoshana, *The age of surveillance capitalism. The fight for a human future at the new frontier of power*, Profile Books, London, 2019, trad. it. a cura di BASSOTTI Paolo, *Il capitalismo della sorveglianza*, Luiss University Press, 2019.

MARTA LAMANUZZI

IL COINVOLGIMENTO DEI GESTORI DELLE PIATTAFORME SOCIAL NEL CONTRASTO DELL'ODIO E DELLA PORNOGRAFIA NON CONSENSUALE

*Oltre la net neutrality: tra autoregolamentazione
e responsabilità amministrativa*

SOMMARIO: 1. Il “lato oscuro della rete”: *hate speech* e *non-consensual pornography*. — 2. L'agire deviante nel *cyberspace*: le “variabili usurpatrici”. — 3. Verso una “costituzionalizzazione” del *web*: l'arduo bilanciamento degli interessi in gioco. — 4. Il ruolo delle piattaforme *social*: evoluzione normativa e giurisprudenziale. — 5. La necessaria armonizzazione delle procedure di *notice and take down*: fra *self* e *responsive regulation*. — 6. Conclusioni: governare le “variabili usurpatrici”: anonimato e “tirannia dell'algoritmo”.

1. Il “lato oscuro della rete”: *hate speech* e *non-consensual pornography*.

Per meglio inquadrare le problematiche connesse al coinvolgimento dei gestori delle piattaforme *social* nel contrasto dell'odio e della pornografia non consensuale è utile premettere brevi cenni sull'evoluzione del *cyberspazio*, sulle sembianze e sulla portata che detti fenomeni assumono nel *web* e sul rapporto che intercorre fra nuove tecnologie informatiche e agire deviante.

La rete è nata e si è inizialmente evoluta come agorà della libertà di espressione, libertà che ha raggiunto il suo apice nei *social network*, piattaforme digitali che, consentendo a chiunque si crei un *account* di produrre contenuti e interagire, hanno costituito la chiave di volta del processo di disintermediazione, ossia del superamento del filtro tipicamente posto dai media “tradizionali” ai contenuti degni di essere offerti al pubblico. Agli esordi, Internet era inteso come «luogo “altro” rispetto al reale»⁽¹⁾, come banca dati, fonte di contenuti di cui fruire passivamente e catalogo di pro-

⁽¹⁾ S. PASTA, *Razzismi 2.0. Analisi socio-educativa dell'odio online*, Editrice Morcelliana, Brescia, 2018, p. 59.

dotti da acquistare. La commistione fra virtuale e vita reale inizia, secondo gli studiosi, quando, nel dicembre del 2009, per la prima volta a livello mondiale, piattaforme *social* e *blog* diventano la destinazione più popolare dei naviganti in rete, superando motori di ricerca, siti di informazione e spazi per lo *shopping online*. Il *web* diventa così luogo della società e non più esterno ad essa e gli utenti non hanno più solo il ruolo di “pubblico” ma diventano anche autori della rete, “spettattori”⁽²⁾, o, secondo la dizione anglosassone, “*prosumer*”, ossia al contempo produttori (*producer*) e consumatori (*consumer*) di contenuti mediatici⁽³⁾.

Nel corso di tale evoluzione, il «sogno di fluttuante e incondizionata libertà»⁽⁴⁾ del cyberspazio, l'ideale di una rete del tutto avulsa da regole, sede naturale di manifestazione del pensiero ed espressione della più ampia iniziativa economica privata dei *provider*, è entrato via via in conflitto con la realtà degli altri interessi in gioco. Con l'evoluzione tecnologica e socialmediatica, insieme a straordinarie opportunità di conoscenza, interazione e arricchimento, sono infatti emerse nuove modalità di offesa a beni giuridici fondamentali. Fra i fenomeni che hanno dato origine e sostanza a locuzioni quali “*Far Web*”⁽⁵⁾ e “lato oscuro della rete”⁽⁶⁾, suscitando particolare allarme sociale, vanno senza dubbio annoverate le manifestazioni d'odio e la pornografia non consensuale.

Secondo recenti rilevamenti⁽⁷⁾, la pandemia avrebbe portato a una «nuova ondata di discorsi d'odio e di discriminazione» strettamente legata alla propalazione di teorie complottiste che attribuiscono la responsabilità della diffusione del virus (o delle presunte falsità sulla sua esistenza e pericolosità) a determinate categorie di individui, ora i cinesi ora gli ebrei, ri-

(2) *Ivi*, p. 62.

(3) *Prosumer*, crasi fra *producer* e *consumer*, è un termine introdotto da A. TOFFLER, *The third wave*, William Morrow and Company, New York, 1980, per indicare un consumatore che consuma ciò che egli stesso produce.

(4) R. FLOR, *Introduction. Cybercrime: finding a balance between freedom and security*, in S. MANACORDA (a cura di), *Cybercrime: finding a balance between freedom and security*, ISPAC, Milano, 2012, p. 13. In tal senso anche L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in A. CADOPPI ET AL. (a cura di), *Cybercrime*, UTET, Milano, 2019, p. 41: «da tempo è del resto palese l'infondatezza dell'utopistica o romantica idea di una “rete” quale spazio libero dal diritto, quale porto franco di anarchia e di totale libertà».

(5) M. GRANDI, *Far Web. Odio, bufale, bullismo. Il lato oscuro dei social*, Rizzoli, Milano, 2017.

(6) N. CARR, *Il lato oscuro della Rete: libertà, sicurezza, privacy*, Rizzoli ETAS, Milano, 2008.

(7) *United Nations Guidance Note on Addressing and Countering COVID-19 related Hate Speech*.

scuotendo notevole successo mediatico quali risposte semplicistiche e rassicuranti a fronte della complessità e della drammaticità della situazione. Parimenti, ricerche condotte sinora principalmente negli Stati Uniti attestano un notevole incremento, negli ultimi anni, delle offese arrecate attraverso strumenti informatici alla riservatezza sessuale, c.d. *non-consensual pornography* (8).

In materia di *hate speech* non esiste un approccio definitorio unitario. In un documento dell'ONU del 2019 vi viene ricondotta «*any kind of communication in speech, writing or behaviour, that attacks or uses pejorative or discriminatory language with reference to a person or a group on the basis of who they are, in other words, based on their religion, ethnicity, nationality, race, colour, descent, gender or other identity factor*» (9). A livello europeo, la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa del 30 ottobre 1997 vi ricomprende «tutte le forme di espressione che diffondono, incitano, promuovono o giustificano l'odio razziale, la xenofobia, l'antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza» e, sempre nell'ambito del Consiglio d'Europa, il Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest sulla criminalità informatica, firmato a Strasburgo il 28 gennaio 2003, richiama l'espressione per indicare «qualsiasi materiale scritto, immagine o altra rappresentazione di idee o teorie, che sostiene, promuove o incita l'odio, la discriminazione o la violenza, contro qualsiasi individuo o gruppo di individui, sulla base di razza, colore, etnia, religione».

Definizioni incomplete, almeno quelle “europee”, nella misura in cui non contemplano il genere e l'orientamento sessuale fra le caratteristiche “bersaglio”, ma che hanno il pregio di attirare l'attenzione sul concetto di pregiudizio, di *bias*, di percezione distorta e aprioristica di una determinata categoria di individui, che sta alla base delle esternazioni offensive e discriminatorie. L'*hate speech* va infatti considerato, anzitutto, un *bias speech*, un discorso fondato sul pregiudizio, così come l'*hate crime* è propriamente un *bias crime*, ossia, come si ricava dalla definizione dell'OSCE, un reato motivato dal pregiudizio (10). Concetto prezioso, quello di *bias*, per comprendere

(8) A.A. EATON, H. JACOBS, Y. RUVALCABA, 2017 *nationwide online study of non-consensual porn victimization and perpetration. A summary report*, 12 giugno 2017, www.cybercivilrights.org. A livello europeo è da anni avvertita la necessità di intensificare e affinare gli strumenti di monitoraggio del fenomeno. V. *Cyber violence is a growing threat, especially for women and girls*, 19 giugno 2017, www.eige.europa.eu.

(9) *UN Strategy and Plan of Action on Hate Speech*, 18 giugno 2019, www.un.org.

(10) «Il reato ispirato dall'odio consiste in un qualunque atto che sia: (1) autonomamente tipizzato da una norma penale (“reato base”-*base offence*) e, in aggiunta, (2) motivato dal pregiudizio basato su una specifica caratteristica della vittima (“motivazione

la genesi sia dell'*hate speech* — anche, a maggior ragione, in questo particolare momento storico in cui la logica del capro espiatorio esercita notevole attrattiva⁽¹¹⁾ — sia di talune forme di pornografia non consensuale e per meglio interpretarne la proliferazione nell'*habitat social-mediatico*.

Le conseguenze dell'*hate speech*, anche con specifico riferimento al «*Covid-19 related hate speech*», si possono apprezzare in una prospettiva di breve e di lungo termine. In particolare, accresce la vulnerabilità delle categorie bersagliate ai rischi di violenza ed emarginazione politica e sociale, concorre alla radicalizzazione di movimenti estremisti, mina la coesione sociale, la solidarietà e la fiducia — necessarie, fra l'altro, per contrastare efficacemente la diffusione del virus — oltre a rappresentare una minaccia per il godimento dei diritti umani, lo sviluppo sostenibile, la pace e la sicurezza internazionale⁽¹²⁾.

Quando si parla di “odio in rete”, inoltre, alcuni studiosi distinguono fra condotte volte a offendere una minoranza, incitando alla violenza o alla discriminazione (secondo le citate definizioni di *hate speech*) e condotte di molestia, minaccia, denigrazione *ad personam* finalizzate a interferire negativamente nella vita quotidiana e nel benessere della vittima, riconducendovi fenomeni quali il cyberbullismo, il cyberstalking e l'istigazione al suicidio⁽¹³⁾.

Venendo alla *non-consensual pornography*, è bene sottolineare come tale espressione sia preferibile alla locuzione “*revenge porn*”, che gode di particolare risonanza mediatica, per varie ragioni. Anzitutto, parlare di *revenge porn* significa riferirsi alla sola cessione o diffusione di immagini o video sessualmente espliciti da parte dell'*ex partner* della persona raffigurata per motivi di vendetta (c.d. *revenge porn* in senso stretto), escludendo così i casi, nient'affatto infrequenti, in cui la diffusione di contenuti intimi altrui avviene al di fuori di un (precedente) rapporto di coppia e/o per scherzo, per noia, per leggerezza e non per ritorsione. In secondo luogo, «il termine “*revenge*” rimanda a una forma di retribuzione rispetto a un male ingiusto preventivamente subito, giustificando, in qualche misura, la con-

basata sul pregiudizio”-*bias motivation*)». OSCE, *Perseguire giudizialmente i crimini d'odio. Una guida pratica*, Varsavia, 2016, p. 21. Cfr. L. GOISIS, *Crimini d'odio. Discriminazione e giustizia penale*, Jovene, Napoli, 2019.

⁽¹¹⁾ Cfr. G. FORTI, *Coronavirus, la tentazione del capro espiatorio e le lezioni della storia*, *Il Sole 24 ore*, 9 marzo 2020.

⁽¹²⁾ *United Nations Guidance*, cit.

⁽¹³⁾ G. ZICCARDI, *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2016, p. 14.

dotta dell'agente» in base a una logica «di c.d. “*victim blaming*”», ossia di biasimo della vittima per aver concorso alla propria vittimizzazione⁽¹⁴⁾.

La pornografia non consensuale si atteggia, nell'*id quod plerumque accidit*, quale degenerazione abusiva del *sexting*, ossia come trasmissione o pubblicazione illegittima, in quanto sprovvista del necessario consenso esplicito della persona raffigurata, di contenuti *ab origine* realizzati e inviati dalla stessa, e colpisce in misura statisticamente maggiore e più incisiva le donne rispetto agli uomini⁽¹⁵⁾, connotandosi così, in molti casi, come «*gendered form of sexual abuse*»⁽¹⁶⁾. Gli stereotipi di genere, infatti, da una parte, si traducono in un aggravamento delle conseguenze lesive per le vittime di sesso femminile, dall'altra, di frequente, influiscono sulla criminogenesi. Quanto al primo profilo, è ancora radicato, anche nelle moderne democrazie occidentali, un doppio standard di valutazione della sessualità: espliciti atteggiamenti sessuali sono per l'uomo motivo di vanto e conferma di virilità, in aderenza al ruolo di genere prescritto, mentre per la donna costituiscono un disvalore, sintomo di impudicizia e fonte di vergogna. Gli stessi retaggi culturali sono altresì, spesso, all'origine del fenomeno, in maniera particolarmente evidente nei casi di *revenge porn* “in senso stretto”, quando la condotta è effettivamente tenuta per “vendetta”, come «atto di virilità compensatorio»⁽¹⁷⁾, ossia quale reazione all'emancipazione della donna che decide di porre fine al rapporto. Si è osservato, a tal proposito, come «la fine della relazione per volontà femminile viene vissuta dagli uomini che commettono *revenge porn* come fonte di frustrazione e di rabbia per il rifiuto da parte dell'oggetto amato, perdita di controllo e di potere; una “evirazione” simbolica, che equivale a una perdita di identità: l'identità dell'uomo, *pater familias*, che per secoli ha garantito al maschio un ruolo sociale e familiare di potere»⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ G.M. CALETTI, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di internet. L'art. 612-ter c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4-2019, p. 2052 ss.

⁽¹⁵⁾ Cfr. A.A. EATON, H. JACOBS, Y. RUVALCABA, *op. cit.*

⁽¹⁶⁾ Y. RUVALCABA, A.A. EATON, *Nonconsensual pornography among U.S. adults: A sexual scripts framework on victimization, perpetration, and health correlates for women and men*, in *Psychology of Violence*, 10-2020, pp. 68-78. Ogniquale volta la diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti offenda una donna in quanto donna, la condotta assume la connotazione di *bate crime* nella sua autentica accezione di *bias crime*, ossia di crimine fondato sul pregiudizio. G.M. CALETTI, *op. cit.*, pp. 2055-2056.

⁽¹⁷⁾ M. HALL, J. HEARN, *Revenge pornography: gender, sexuality and motivations*, Abingdon, New York, 2018. Cfr. G. FORTI, *La tutela della donna dalla cd. violenza di genere. L'intervento sulla relazione affettiva in una prospettiva criminologica “integrata”*, in O. FUMAGALLI CARULLI-A. SAMMASSIMO (a cura di), *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinto. Il punto di vista dei giuristi*, Vita e Pensiero, Milano, 2015, p. 42 ss.

⁽¹⁸⁾ A. SORGATO, *Revenge porn. Aspetti giuridici, informatici e psicologici*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 234.

Fra le conseguenze lesive più frequenti della pornografia non consensuale, considerato il suo devastante impatto sulla *online reputation* della vittima, si registrano disagi e disturbi emotivi, ripercussioni sulla vita sociale e lavorativa, multivittimizzazione (spesso le vittime divengono oggetto di aggressioni o molestie) e, nei casi più gravi, disturbi dell'alimentazione e autolesionismo fino al suicidio⁽¹⁹⁾.

2. L'agire deviante nel *cyberspace*: le “variabili usurpatrici”⁽²⁰⁾.

Sebbene l'*hate speech*, l'odio *ad personam* e la *non-consensual pornography* esistessero anche prima della diffusione delle attuali tecnologie digitali e sebbene continuino a esistere anche al di fuori della rete e dei *social network*, è indubbio che la diffusività⁽²¹⁾ e la “permanenza”⁽²²⁾ del *web*, unite alle logiche di visibilità e indicizzazione dei contenuti, ne amplifichino la portata lesiva. Inoltre, diversi studi attestano come alcune caratteristiche dell'architettura social-mediatica favoriscano meccanismi di disinibizione e deresponsabilizzazione, il consolidamento di pregiudizi e la radicalizzazione di gruppi estremisti. La comprensione di tali dinamiche, che non può prescindere dal contributo delle scienze empiriche, lungi dal sottere prospettive di «eccessiva criminalizzazione della rete»⁽²³⁾, è fondamentale per elaborare una strategia “integrata” di prevenzione e contrasto dei fenomeni in esame⁽²⁴⁾.

⁽¹⁹⁾ A. SORGATO, *op. cit.*, p. 215 ss.

⁽²⁰⁾ Espressione di G. BATESON, *Verso un'ecologia della mente*, Adelphi, Milano, 2003, già ripresa da G. FORTI, *Explete poenologi munus novum: dal controllo delle “variabili usurpatrici” alla stimolazione della “flessibilità” del sistema*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silète poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Monduzzi, Bologna, 2006, p. 79 ss.

⁽²¹⁾ Si parla di “*snowball effect*” per indicare che un contenuto immesso in rete, anche mediante l'invio a una sola persona, può repentinamente diventare virale come una palla di neve che va via via rapidamente ingrandendosi nel rotolare giù dal pendio. Cfr. CAMBRIDGE DICTIONARY, “*A snowball effect*”.

⁽²²⁾ L'affermazione «*the Internet never forgets*» allude alla “permanenza” (*permanency*) della rete, ossia al fatto che anche qualora si rimuova un contenuto dalla sua sede virtuale originaria non si avrà mai la certezza di averlo eliminato definitivamente, in quanto il destinatario (o i destinatari), o chiunque sia venuto a contatto con esso, può averlo memorizzato o condiviso con terzi o in un altro ambiente del *web*. Cfr. M. CROCKETT, *The Internet (Never) Forgets*, in *Science and Technology Law Review*, 2016, p. 150 ss.

⁽²³⁾ G. ZICCARDI, *op. cit.*, p. 387. Cfr. M. SANTERINI, *La mente ostile: forme dell'odio contemporaneo*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2021.

⁽²⁴⁾ Viene enfatizzata in dottrina la necessità di «prendere piena coscienza del ter-

Per fare solo alcuni cenni, molti studiosi riconnettono effetti crescenti di disinibizione, che può diventare “tossica”, ossia tradursi in deresponsabilizzazione⁽²⁵⁾, ai vari “livelli” di anonimato. Il primo livello è costituito dalla *perception*, che ricorre quanto il soggetto, pur agendo con il proprio nome, sente di non poter essere individuato in relazione al contesto di appartenenza (posizione geografica, professione, genere, età, etnia) e dunque si percepisce “non identificabile”, in quanto ritiene impossibile per gli interlocutori risalire alle altre informazioni necessarie per “inquadralo”. Il secondo livello consiste nell’*approved anonymity*, in cui l’utente agisce in forma pseudonima, con un *nickname*, pur avendo utilizzato le proprie generalità per iscriversi alla piattaforma. Il fatto di agire con uno pseudonimo aumenta l’effetto disinibitorio, ma l’agente è sempre agevolmente rintracciabile. Ancora, il livello successivo è quello della *disapproved anonymity*, in cui il soggetto ha utilizzato dati falsi per iscriversi alla piattaforma. In questo caso, l’effetto disinibitorio e la deresponsabilizzazione aumentano ulteriormente. Se infatti è vero che è sempre possibile per la polizia postale individuare l’indirizzo IP o il *mac address* da cui l’utente ha agito, egli sa o intuisce che simili indagini vengono condotte solo in casi di una certa gravità. Infine, l’ultimo livello è quello della *full anonymity*, resa possibile solo dall’impiego di procedure sofisticate e dal ricorso a servizi che deviano il traffico e usano processi di crittografia che, se ben utilizzati, garantiscono un anonimato totale e quindi il massimo livello di deresponsabilizzazione⁽²⁶⁾.

Inoltre, concorre all’effetto disinibitorio la distanza fisica⁽²⁷⁾, e a volte anche temporale, fra l’azione compiuta *online* e i suoi effetti dannosi, che spesso si apprezzano dopo un certo lasso di tempo, a seguito della condivisione “a cascata” del contenuto offensivo. Si aggiunga che, nei casi di offese rivolte contro vittime specifiche, il mancato contatto visivo che caratterizza le interazioni virtuali e la conseguente mancata percezione dei segnali

reno in cui tale libertà si realizza, in modo da calibrare e adeguare la garanzia dei diritti di ciascuno con le dinamiche assai peculiari della realtà virtuale». M. MENSI, P. FALLETTA, *Il diritto del Web*, 2ª ed., CEDAM, Padova, 2018, p. 176.

(25) La convinzione di non poter essere “individuati” porta a comportarsi in maniera più disinibita, meno condizionata da convenzioni e norme sociali, il che può essere positivo, in certe situazioni, poiché consente di discutere liberamente di argomenti anche molto intimi, ma negativo in altre, potendosi tradurre in comportamenti aggressivi che il soggetto non terrebbe nelle relazioni *face to face* (c.d. “disinibizione tossica”). P. WALLACE, *La psicologia di Internet*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2016, p. 139 ss.

(26) Uno dei software più utilizzati a tal fine è TOR (*The Onion Router*).

(27) Il rapporto fra propensione a infliggere sofferenza e distanza fisica è stato studiato già nel celebre esperimento di psicologia sociale di Stanley Milgram. Cfr. S. MILGRAM, *Obedience to authority, An Experimental View*, HarperCollins, New York, 1974.

esteriori di disagio riducono le possibilità di una moderazione o cessazione “empatica” dell’offesa⁽²⁸⁾. Tali aspetti favoriscono i meccanismi di *moral disengagement*, di disimpegno morale, di neutralizzazione della dissonanza cognitiva fra le proprie azioni e i valori appresi e assimilati dal soggetto, attivando meccanismi quali l’etichettamento eufemistico (“è solo un post, ho messo solo un *like*”), il confronto vantaggioso (“non ho ucciso nessuno”) e la deumanizzazione della vittima (che è diffusa, stereotipata o comunque lontana, “invisibile”)⁽²⁹⁾.

A ciò si aggiunge che la rete, e in particolare molti *social network*, vengono vissuti dagli utenti come “non luogo”, come luogo ricreativo, dove le azioni hanno meno importanza rispetto a quelle compiute *offline*, in cui il confine fra lecito e illecito, fra meritevole e riprovevole, tende a sbiadire e i criteri di valutazione di un comportamento non sono tanto la verità, l’opportunità, la conformità alla legge e ai valori che fondano il vivere civile, quanto il successo in termini di apprezzamenti e condivisioni. Nell’habitat social-mediatico qualunque idea, qualunque contenuto, purché sensazionalistico, può ottenere popolarità fino a diventare virale e sembra che tale risonanza sia l’unico parametro di giudizio della sua qualità.

Ancora, la facilità e la velocità dell’azione in rete, unite alla (apparente) gratuità⁽³⁰⁾ e alla connessione permanente garantita da *smartphone* e *tablet*, operano a detrimento della ponderazione dei contenuti creati, condivisi e, a maggior ragione, apprezzati, in quanto, secondo diversi studi, attiverebbero quello che Kahneman definisce il “sistema 1”, ossia il *Self* intuitivo, che decide rapidamente sulla scorta di impressioni e sensazioni, in luogo del “sistema 2”, che è il *Self* razionale, lento e riflessivo⁽³¹⁾.

Da ultimo, ma non per importanza, giocano un ruolo tutt’altro che trascurabile nell’amplificazione delle offese, così come nell’alimentare i pregiudizi e nel banalizzare l’odio e la pornografia non consensuale, i meccanismi automatizzati di indicizzazione. I contenuti di incitamento alla

(28) Secondo alcuni studi, l’interazione mediata comporterebbe una ridotta stimolazione dei neuroni specchio e quindi una ridotta capacità di riconoscere le emozioni proprie e altrui, rischiando di tradursi in una sorta di “analfabetismo emotivo”. S. PASTA, *op. cit.*, p. 90 ss.

(29) In altri termini, grazie alle tecniche di disimpegno morale, il soggetto può violare i propri standard morali pur mantenendo intatta la propria «*moral integrity*». Cfr. A. BANDURA, *Moral Disengagement: How People do Harm and Live with Themselves*, Worth Publishers, New York, 2015.

(30) La gratuità è apparente perché, oltre al costo del dispositivo e della connessione, l’utente “paga” la navigazione e l’iscrizione a *blog* e *social network* in dati personali, che vengono sfruttati economicamente dai *provider*.

(31) D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Mondadori, Milano, 2012, p. 21 ss.

violenza e alla discriminazione, intimidatori e sessualmente espliciti, in quanto intrinsecamente sensazionalistici, rischiano di attivare la funzione selettiva dei media, aumentando così il numero degli utenti che li visualizzano e quindi le probabilità che vengano apprezzati e condivisi. Il che, da una parte, concorrendo al “successo mediatico” di quei contenuti, fa leva su un altro meccanismo di *moral disengagement*, la c.d. diffusione della responsabilità: più *like* e condivisioni ha un post meno l’utente si sente “responsabile” ad apprezzarlo o dividerlo a sua volta; dall’altra, favorisce la banalizzazione e la normalizzazione di quel tipo di contenuto⁽³²⁾: più di frequente compaiono contenuti d’odio e pornografici, maggiori saranno gli effetti di assuefazione dell’utente alla violenza verbale e alle offese alla riservatezza sessuale⁽³³⁾.

Inoltre, l’indicizzazione dei contenuti fondata sulla profilazione, sfruttata dai gestori a scopo di lucro in quanto consente di personalizzare gli inserti pubblicitari, favorisce la radicalizzazione di *bias* e teorie complottiste facendo comparire all’utente post che non fanno altro che confermare le sue credenze. L’utente si trova infatti in una sorta di bolla autoreferenziale, definita dagli esperti “*filter bubble*”, o, secondo un’altra efficace metafora, in una “*echo chamber*”, vale a dire in uno spazio virtuale in cui riecheggiano le opinioni che ha già manifestato e le teorie che ha cercato o condiviso. In questo modo, il rifiuto per il *fact-checking* di *hater* e complottisti è agevolato dalla scarsità di contenuti di segno diverso in cui si imbattono, uscendone invece rafforzate e confermate le loro convinzioni deliranti⁽³⁴⁾. A ciò si aggiunge, ancora, il c.d. “effetto gregge”, o euristica della socializzazione, ossia la propensione emotiva e impulsiva degli individui a omologarsi alla pressione sociale del proprio gruppo di riferimento⁽³⁵⁾, particolarmente evidente all’interno dei gruppi virtuali.

⁽³²⁾ Si è parlato, a tal proposito, di una «sovraesposizione» dell’odio dovuta all’attuale contesto social-mediatico e, in particolare, alla «pubblicità per interazione» di cui i contenuti sensazionalistici spesso arrivano a godere. A. SPENA, *La parola odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2017, p. 577 ss.

⁽³³⁾ R. BORTONE, F. CERQUOZZI, *L’hate speech al tempo di Internet*, in *Aggiornamenti sociali*, dicembre 2017, p. 818 ss.

⁽³⁴⁾ In tal senso, si è osservato come «le nuove tecnologie, e soprattutto internet, aiutino le persone ad ascoltare le opinioni di altri individui della stessa mentalità e a isolarsi rispetto a idee differenti», venendosi così a creare «un terreno fertile per la polarizzazione e potenzialmente pericoloso per la democrazia e la pace sociale». C. SUNSTEIN, *Republic.com: cittadini informati o consumatori di informazioni?*, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 83.

⁽³⁵⁾ Cfr. S. ASCH, *Social Psychology*, Prentice-Hall, New York, 1952.

3. Verso una “costituzionalizzazione” del web: l’arduo bilanciamento degli interessi in gioco.

Questo breve *excursus* dimostra come la rete, e in particolare le piattaforme *social*, per le loro caratteristiche, siano diventate bacino di raccolta e terreno di proliferazione e amplificazione di offese a diritti fondamentali, permettendo così di cogliere una tensione fra almeno tre valori di rilevanza costituzionale o “super” costituzionale: la libertà di espressione, la dignità dell’individuo e la libertà di iniziativa economica dei fornitori di servizi Internet e di *social networking*. Uno «scontro che tocca direttamente le radici del costituzionalismo»⁽³⁶⁾ e che deve impegnare il giurista in delicatissime attività di bilanciamento nell’ottica di costruire un *web* “costituzionalizzato”⁽³⁷⁾.

Per quanto concerne il bilanciamento fra tutela della dignità e libertà di espressione, si registra una notevole distanza fra approccio europeo e approccio nordamericano.

L’Unione Europea ha messo in campo un’ampia strategia contro l’*hate speech* e altri contenuti offensivi, combinando, in chiave complementare, strumenti di *hard law* e *soft law*. Fra i primi, che riflettono una logica settoriale, la direttiva 2011/93/UE, che concerne la lotta contro gli abusi sessuali sui minori e la pedopornografia *online* e la direttiva 2018/1808/UE sui servizi di media audiovisivi, volta, fra l’altro, a contrastare la proliferazione di contenuti nocivi per i minori e l’istigazione all’odio. Fra i secondi, va menzionato il “Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all’odio *online*” del 2016, su cui si tornerà nel prosieguo.

Con particolare riferimento alla criminalizzazione dei discorsi d’odio, l’OSCE ha sottolineato come essi rappresentino «una grave preoccupazione, poiché possono creare un ambiente favorevole al verificarsi di crimini ispirati dall’odio e, per tale via, alimentare conflitti sociali su più larga scala» e l’*European Commission against Racism and Intolerance* (ECRI), con la Raccomandazione n. 15 del 2012, ha invitato gli Stati membri ad adottare misure penali appropriate ed efficaci per combattere il ricorso, nella sfera pubblica, al discorso d’odio che abbia lo scopo, o ci si possa ragionevolmente attendere abbia l’effetto, di incitare a commettere atti di violenza, di intimidazione, di ostilità o di discriminazione nei confronti delle persone prese di mira, a meno che altre misure meno restrittive possano rivelarsi efficaci e purché il diritto alla libertà di espressione e di opi-

⁽³⁶⁾ O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Hate speech: una prospettiva di diritto comparato*, in *Giorn. dir. amm.*, 4-2019, p. 421 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

nione sia rispettato. Nell'ordinamento italiano, ad esempio, sulla scorta di tali indicazioni, l'area di penale rilevanza dell'*hate speech* è stata definita con l'introduzione dell'art. 604-*bis* c.p. ⁽³⁸⁾.

Nel panorama giuridico statunitense, invece, viene tendenzialmente accordata preminente rilevanza al primo emendamento, posto a tutela della libertà di parola, registrandosi nella giurisprudenza della Corte Suprema la costante affermazione della prevalenza del *free speech* rispetto alla repressione dell'*hate speech* e quindi all'esigenza di tutelare altri interessi come la dignità o la pace sociale. In pochissimi casi, la Corte ha escluso dall'ambito applicativo del primo emendamento lo *speech-act*, ossia quel discorso o quella manifestazione d'odio che comporta il pericolo concreto di un passaggio diretto all'azione (*fighting words*) ⁽³⁹⁾. In materia di *hate speech*, come in materia di *fake news*, prevale quindi un atteggiamento astensionistico, fondato sull'ideale del *free market of ideas* ⁽⁴⁰⁾, secondo il quale la rete possiederebbe già gli antidoti rispetto a tali fenomeni, poiché, come un prodotto scadente finisce per soccombere, nelle logiche di mercato, rispetto ai prodotti di qualità, lo stesso varrebbe per le idee offensive e dunque "scadenti".

Nondimeno, i grandi fornitori di servizi di *social networking*, aventi per lo più sede negli USA, non si sono finora mostrati del tutto insensibili all'approccio europeo e alla necessità di adottare iniziative, anche in termini di autoregolamentazione, a tutela della dignità degli utenti, se non altro per preservare il proprio capitale reputazionale.

Con riferimento al bilanciamento fra istanze di tutela dell'utente e iniziativa economica privata, la disciplina originaria della rete, improntata a garantire ai *provider* massima libertà, nella leale concorrenza ⁽⁴¹⁾, pare a molti obsoleta rispetto all'attuale natura delle piattaforme digitali e, in particolare, dei *social network*, quali «vere e proprie imprese» che però assu-

⁽³⁸⁾ Cfr. M. PELISSERO, *Discriminazione, razzismo e il diritto penale fragile*, in *Dir. pen. proc.*, 8-2020, p. 1017 ss.

⁽³⁹⁾ Sul bilanciamento fra *hate speech* e altre istanze di tutela nella giurisprudenza nordamericana si veda diffusamente A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà d'espressione nell'era di internet*, Giuffrè, Milano, 2020.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. R. COASE, *Markets for goods and Market for ideas*, in *American Economic Review*, 1974. Secondo tale teoria il pluralismo informativo dovrebbe fungere da antidoto a fenomeni di indottrinamento, oligopoli informativi e politicamente orientati.

⁽⁴¹⁾ «Tutta la storia delle telecomunicazioni degli ultimi anni si può effettivamente ricostruire alla luce del rapporto, talora dialettico, fra regolazione e concorrenza, che connota l'assetto definito a livello nazionale ed europeo». M. MENSI, P. FALLETTA, *op. cit.*, p. 11.

mono sempre di più «le sembianze di formazioni sociali ove si esprime la personalità dell'individuo»⁽⁴²⁾. Si è osservato, inoltre, come l'evoluzione digitale e l'avvento delle piattaforme che ospitano c.d. *user generated content* abbiano trasformato «Internet da uno spazio sconfinato di libera informazione a uno spazio controllato da poche grandi *tech-companies*, che controllano e filtrano l'accesso alle informazioni e la loro diffusione attraverso l'utilizzo di algoritmi»⁽⁴³⁾ sfruttati a fini di lucro. Tale metamorfosi del cyberspazio esige un ripensamento del ruolo dei *provider*, a partire dai gestori delle piattaforme *social*, nella tutela dei diritti fondamentali degli utenti.

Parafrasando il titolo di un importante testo su giovani e nuovi media, *it's complicated*⁽⁴⁴⁾, bilanciare interessi e istanze di tutela contrapposte è una delle sfide più ardue in cui il giurista, insieme agli studiosi dei più diversi ambiti disciplinari, è chiamato a cimentarsi. La «rivoluzione cibernetica», cui va riconosciuta «un'importanza strutturale o, se si preferisce, strategica per l'evoluzione del diritto (...) in quanto rappresenta la frontiera più avanzata dell'innovazione e del cambiamento nell'odierna società globalizzata»⁽⁴⁵⁾, deve infatti essere accompagnata da una strategia ponderata e bilanciata, volta a garantire che «Internet non diventi strumento di diffusione e amplificazione delle disuguaglianze, ma continui a essere veicolo di conoscenza, libertà e promozione umana»⁽⁴⁶⁾.

4. Il ruolo delle piattaforme *social*: evoluzione normativa e giurisprudenziale.

Sono diversi gli elementi che hanno favorito la coagulazione del dibattito in tema di contrasto delle condotte offensive *online* attorno al ruolo dei gestori delle piattaforme *social*. Fra questi: la loro possibilità “tecnica” di intervento e lo sfruttamento economico, da parte degli stessi, dell'indicizzazione dei contenuti basata sulla profilazione⁽⁴⁷⁾. Nondimeno, qualsivoglia

(42) Così P. PASSAGLIA, *Internet nella Costituzione italiana: considerazioni introduttive*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 37.

(43) M.R. ALLEGRI, *Ubi Social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Franco Angeli, Milano, 2018, p. 214.

(44) D. BOYD, *It's complicated. La vita sociale degli adolescenti sul web*, Castelvecchi, Roma, 2018.

(45) Cfr. L. PICOTTI, *op. cit.*, p. 36.

(46) M. MENSÌ, P. FALLETTA, *op. cit.*, p. 37.

(47) G. ZICCARDI, *op. cit.*, p. 93. In tal senso, C. NOVELLI, *La Cassazione su responsabilità del provider e contenuto della notifica*, in *Dir. inf.*, 2019, p. 50, sottolinea come gli operatori del cyberspazio «se sono in grado di gestire questi dati, utilizzarli a loro conve-

glia forma di loro coinvolgimento o responsabilizzazione va calibrata considerando l'inevitabile interferenza, da una parte, con la loro libertà d'iniziativa economica privata, dall'altra, con la disciplina in materia di *Internet Service Provider (ISP)*, categoria cui i *social network* appartengono.

Il punto di partenza per delineare il quadro normativo di riferimento è la c.d. direttiva sul commercio elettronico (Direttiva 2000/31/CE), che definisce l'*ISP* come «la persona fisica o giuridica che presta un servizio della società dell'informazione», distinguendo fra prestatori che svolgono attività di mero trasporto (*mere conduit*), prestatori che memorizzano temporaneamente informazioni (*caching*) e prestatori che ospitano e quindi memorizzano durevolmente informazioni (*hosting*). Nell'ambito di tale classificazione, le piattaforme *social*, pur non contemplate espressamente dalla direttiva, si connotano come *host provider*, potendo essere definite, in particolare, «piattaforme basate sulla condivisione di contenuti multimediali creati dagli utenti»⁽⁴⁸⁾ (c.d. *user generated content*).

Tornando alla direttiva, per l'attività di *hosting*, quale quella svolta dai *social network*, il *provider* non è responsabile dei contenuti "ospitati" alla duplice condizione che: «a) il prestatore non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione; b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso» (art. 14). Inoltre, viene espressamente prescritto che gli Stati membri non impongano ai prestatori «un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite», fatta salva la possibilità di chiedere agli stessi di «informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi» e di «comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati» (art. 15). Alla direttiva nel nostro ordinamento è stata data attuazione con il D.Lgs. 9 aprile 2003, n. 70, che, agli artt. 16 e 17, dedicati agli *host provider*, ricalca pedissequamente la disciplina europea.

nienza allora hanno anche una posizione privilegiata quando gli si chiede di identificarli e sorvegliarli nelle ipotesi di violazioni di legge».

⁽⁴⁸⁾ L. PACCAGNELLA, *Sociologia della comunicazione nell'era digitale*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 183.

Fermo restando tale quadro normativo, l'evoluzione tecnologica e l'emersione delle piattaforme *social* hanno portato la giurisprudenza eurounitaria e nazionale al graduale superamento del principio di neutralità della rete «secondo cui il *provider* (qualunque ne sia la natura) deve rimanere un elemento “neutro” dell'infrastruttura tecnologica senza che possa essere obbligato a operare nessun filtraggio dei flussi informativi che la pervadono»⁽⁴⁹⁾. Alle pronunce strettamente ancorate a detto principio⁽⁵⁰⁾, infatti, hanno iniziato ad alternarsi, a livello europeo come a livello interno, prospettive differenti, in cui viene messo in luce come molti *host provider*, anziché limitarsi alla *passiva* memorizzazione dei contenuti immessi dagli utenti, partecipano *attivamente* alla loro organizzazione, attraverso attività, per lo più automatizzate, di categorizzazione e indicizzazione, aventi scopo di lucro. La gestione algoritmica dei contenuti, fondata sulla profilazione dei fruitori grazie ai dati personali che essi forniscono e alle attività che svolgono, è infatti uno degli elementi cardine del modello di business delle piattaforme *social*⁽⁵¹⁾. Tale distinzione, di matrice giurisprudenziale, fra *host* attivo e *host* passivo trae fondamento dal considerando n. 42 della direttiva, il quale prevede che «le deroghe alla responsabilità (...) riguardano esclusivamente il caso in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione si limiti al processo tecnico di attivare e fornire accesso a una rete di comunicazione sulla quale sono trasmesse o temporaneamente memorizzate le informazioni messe a disposizione da terzi al solo scopo di rendere più efficiente la trasmissione» e che siffatta attività sia «di ordine meramente tecnico, automatico e passivo», il che implica che il prestatore di servizi della società dell'informazione non conosca né controlli le informazioni trasmesse o memorizzate. La Corte di Giustizia ha infatti osservato come «dal quarantaduesimo considerando risulta (...) che le deroghe alla responsabilità previste da tale direttiva riguardano esclusivamente i casi in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione sia di or-

(49) G.P. ACCINNI, *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider “attivo”*, in *Arch. pen.*, 2-2017, p. 8.

(50) Corte di Giustizia, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA contro Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*; Corte di Giustizia, 16 febbraio 2012, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contro Netlog NV*. Sul tema, diffusamente, R. FLOR, *Social networks e violazioni penali del diritto d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-2012, p. 683 ss.

(51) M. MONTANARI, *La responsabilità delle piattaforme on-line. Il caso Rosanna Cantone*, in *Dir. inf.*, 2-2017, p. 261, il quale osserva come la produzione e condivisione gratuita di contenuti da parte dei *prosumer* (cfr. § 1) è la «base di un nuovo modello di business basato sull'aggregazione di questi per generare audience e veicolare pubblicità».

dine “meramente tecnico, automatico o passivo”, con la conseguenza che detto prestatore “non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate”»⁽⁵²⁾, rimettendo, in ultima analisi, ai giudici nazionali la valutazione della “neutralità” dell’*host*.

Sul punto la giurisprudenza italiana è stata sinora ondivaga. Secondo alcune pronunce⁽⁵³⁾, servizi di indicizzazione dei contenuti e di offerta di pubblicità personalizzata sulla base della profilazione varrebbero a qualificare l’*host* come attivo; secondo un altro orientamento⁽⁵⁴⁾, ove il prestatore non intervenga in alcun modo sul contenuto caricato dall’utente, ma si limiti a sfruttarne commercialmente la presenza sulla propria piattaforma, lo stesso conserverebbe la sua natura di *host* passivo. Tale “creativa” elaborazione giurisprudenziale ha aperto la strada alla prospettazione, nel nostro ordinamento, di modelli altrettanto variegati di responsabilità, anche penale, delle piattaforme *social* per i contenuti ospitati⁽⁵⁵⁾.

Stando a un primo modello, i gestori potrebbero essere chiamati a rispondere nei soli casi di concorso commissivo nella condotta criminosa dell’utente. A tal proposito, a dimostrazione dell’ampiezza degli scenari possibili, vale la pena di sottolineare come in un caso deciso dalla *Court of Appeal* dello Stato di New York è stata prospettata dall’accusa una responsabilità concorsuale di Facebook per aver attribuito particolare visibilità, attraverso attività automatizzate di indicizzazione, a post di incitamento al terrorismo. Sebbene la Corte abbia deciso, pur con una parziale *dissenting opinion*, di non sposare la tesi accusatoria⁽⁵⁶⁾, la vicenda è di

⁽⁵²⁾ Cfr. Corte Giust. UE, 23 marzo 2010, *Google c. Louis Vuitton*, C-236/08-C-238/08; 24 marzo 2014, *UPC Telekabel Wien Gmbh c. Constantin Film Verleigh*, C-314/12; 16 febbraio 2012, *Sabam c. Netlog*, C-360/10; 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. Sabam*, C-70; 12 luglio 2011, *L’Oreal c. Ebay*, C-324/09.

⁽⁵³⁾ Trib. Milano, 24 febbraio 2010, caso “Google/Vividown”; Trib. Roma, 20 ottobre 2011, *RTI contro Choopa*; Trib. Milano, 7 giugno 2011, *RTI contro Italia Online S.R.L.*; Trib. Roma, 15 luglio 2016, *RTI contro Megavideo*; Trib. Milano, 7 giugno 2011, *RTI c. Italia Online S.r.l.*

⁽⁵⁴⁾ App. Milano, 7 gennaio 2015, *Mediaset c. Yahoo! Italia*; Cass., Sez. III, 3 febbraio 2014, n. 5107, in *Dir. inf.*, 2014.

⁽⁵⁵⁾ Sul punto, diffusamente, B. PANATTONI, *Gli effetti dell’automazione sui modelli di responsabilità: il caso delle piattaforme online*, in *Dir. pen. cont.*, 2-2019, p. 33 ss. Cfr. R. BARTOLI, *Brevi considerazioni sulla responsabilità penale dell’Internet Service Provider*, in *Dir. pen. proc.*, 5-2013, p. 600 ss.

⁽⁵⁶⁾ *Force v. Facebook, Inc.* No. 18-397 (2nd Cir. 2019), su www.law.justia.com. I giudici hanno ritenuto applicabile al caso di specie il Titolo 47 U.S. Code, § 230 del 1996, che esclude la responsabilità degli *interactive computer service* per i contenuti ospitati, non potendovisi derogare qualora entrino in gioco elementi di intelligenza artificiale, poiché la creazione di collegamenti e accostamenti fra contenuti e utenti, mediante algo-

indubbio interesse poiché solleva il problema della responsabilità dei *provider* per l'attività svolta da sistemi di intelligenza artificiale attivati per scopi leciti, come rendere maggiormente interessante la piattaforma per gli utenti e creare collegamenti funzionali ai loro interessi, che una volta programmati apprendono dal contesto circostante e operano in sostanziale autonomia⁽⁵⁷⁾.

Secondo un altro modello, che ha trovato applicazione nella giurisprudenza di legittimità, i gestori delle piattaforme possono essere chiamati a rispondere di concorso mediante omissione non tanto per non aver impedito la commissione di reati da parte degli utenti, quanto per non aver impedito il protrarsi dei loro effetti (nel caso di specie, trattandosi di diffamazione, per non aver interrotto la perdurante offesa alla reputazione rimuovendo il contenuto denigratorio)⁽⁵⁸⁾.

La complessità dei profili tecnici in gioco e la natura plurisoggettiva dei *provider*, tuttavia, sconsigliano il ricorso alla sanzione penale, che comporta il rischio di vistose deroghe ai paradigmi classici di responsabilità e di scivolamento verso ipotesi di responsabilità oggettiva, "da posizione", deponendo piuttosto nel senso di promuovere forme di coinvolgimento, anzitutto dei gestori delle piattaforme *social*, fondate sul modello del *notice and take down* e sulla previsione, al più, di sanzioni amministrative a presidio degli oneri imposti⁽⁵⁹⁾. Nel nostro ordinamento, ad esempio, in alcuni ambiti, sono previsti obblighi di segnalazione a specifiche autorità (qualora il *provider* venga a conoscenza di contenuti pedopornografici deve segnalarli al Centro nazionale per il contrasto della pedopornografia in rete *ex* artt. 14-*ter* e 14-*quater* della L. 3 agosto 1998, n. 269) e oneri di rimozione di contenuti segnalati da privati (ad es. su richiesta di una vittima di cyberbullismo, se ultraquattordicenne, o dei genitori *ex* art. 2 della L. 29 maggio 2017, n. 71).

ritmi, appartiene alla logica di business della maggioranza di detti servizi ed è prassi anche al di fuori della rete.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. A. BACCIN, *Responsabilità penale dell'internet service provider e concorso degli algoritmi negli illeciti online: il caso force v. Facebook*, in *Sist. pen.*, 5-2020, p. 75 ss.

⁽⁵⁸⁾ Cass., Sez. V, 27 dicembre 2016, n. 54946, in *Giur. pen.*, 2017. La dottrina osserva criticamente come «nella decisione in analisi si rinviene un'enunciazione di principio (formulazione del paradigma e condanna), ma non emergono le ragioni poste alla base dello stesso: non è chiarito, in altre parole, come si possa concorrere omissivamente in un delitto già consumato, né da dove derivi l'obbligo giuridico di impedire gli effetti della diffamazione». A. INGRASSIA, *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1626.

⁽⁵⁹⁾ *Ivi*, p. 1621 ss.

In tali discipline di settore, il legislatore ha preso posizione, peraltro, con riferimento a un altro aspetto controverso della disciplina in materia di ISP: «l'effettiva conoscenza» del contenuto illecito che fa insorgere l'obbligo di segnalazione e rimozione, positivizzando un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato. Per garantire una tutela rapida ed efficace dell'utente offeso da un contenuto illecito, in giurisprudenza è emersa infatti un'interpretazione estensiva che non limita le fonti dell'effettiva conoscenza alla comunicazione da parte dell'autorità, ma vi include anche la segnalazione da parte di un privato, purché specifica e circostanziata, poiché attendere l'ordine di rimozione dell'autorità potrebbe comportare l'irrimediabile pregiudizio di diritti della personalità quali l'immagine, il decoro, la reputazione e la riservatezza⁽⁶⁰⁾.

5. La necessaria armonizzazione delle procedure di *notice and take down*: fra *self* e *responsive regulation*.

Se il modello del *notice and take down* è finora quello che si è mostrato il migliore in termini di tutela dell'utente, coinvolgimento del *provider* e rispetto della normativa in materia, che vieta obblighi generalizzati di controllo sui contenuti, occorre domandarsi come garantirne la più ampia implementazione ed efficacia.

In merito alle iniziative adottate a livello nazionale, va segnalata la *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)*, legge tedesca che prevede sanzioni amministrative pecuniarie a carico dei *social network* con più di due milioni di utenti registrati in Germania che non adempiano al duplice obbligo di: *a)* adozione di un sistema efficiente di gestione delle segnalazioni degli utenti e di rimozione dei contenuti antigiuridici segnalati; *b)* resoconto semestrale sull'attività svolta in tal senso. I contenuti illeciti sono individuati tassativamente richiamando alcune fattispecie di reato, fra cui il pubblico incitamento alla violenza, è previsto un termine di ventiquattro ore per la rimozione dei contenuti manifestamente illeciti e di sette giorni negli altri casi e, per i casi controversi, il gestore è tenuto a interpellare un organo di autoregolamentazione indipendente appositamente creato⁽⁶¹⁾.

⁽⁶⁰⁾ La giurisprudenza ha chiarito che la segnalazione da parte del soggetto danneggiato da un contenuto illecito determina l'effettiva conoscenza di tale contenuto in capo al *provider*. Cfr. Trib. Napoli Nord, 4 novembre 2016 e Trib. Torino, 7 aprile 2017.

⁽⁶¹⁾ Per un'analisi più approfondita dei contenuti della legge si veda, *inter alios*, J. RINCEANU, *Verso una forma di polizia privata nello spazio digitale? L'inedito ruolo dei provider nella disciplina tedesca dei social network*, in *Sist. pen.*, 11 marzo 2021, p. 1 ss.

Una simile disciplina, fonte di utili spunti nella direzione di un coinvolgimento “equilibrato” dei gestori dei *social media* nel contrasto di odio e pornografia non consensuale, presenta, tuttavia, alcuni limiti.

In primo luogo, una volta rimosso un contenuto offensivo, vista la diffusività e la “permanenza” della rete, lo stesso potrebbe essere ripubblicato. Occorrerebbe, quindi, accompagnare alla rimozione un divieto di ripubblicazione, presidiato magari dall’impiego di strumenti automatizzati che riescano a individuare e a segnalare quel determinato contenuto, indipendentemente dall’eventuale modifica del nome del file o della sua estensione. La prescrizione di quest’ultimo accorgimento, tuttavia, rischierebbe di cozzare con il divieto di imporre obblighi generalizzati di controllo⁽⁶²⁾. Inoltre, accanto a post il cui carattere illecito è autoevidente, si staglia un’ampia zona grigia di contenuti il cui inquadramento richiede una formazione giuridica specialistica. Sarebbe pertanto opportuno affidare la gestione delle segnalazioni a un organismo *ad hoc*, dotato delle necessarie competenze, le cui dimensioni dovrebbero variare al variare del numero di utenti iscritti alla piattaforma.

Al contempo, a tutela della libertà di espressione, avverso la decisione di rimozione, l’autore del post dovrebbe avere sempre la possibilità di fare ricorso rivolgendosi a un’autorità amministrativa indipendente appositamente individuata. Ancora, circoscrivere l’applicazione della normativa alle piattaforme con un certo numero di iscritti, se, da una parte, tiene conto della loro capacità economica di dotarsi di strutture e procedure per la gestione delle segnalazioni, dall’altra, rendendo il loro “habitat” almeno apparentemente più “sicuro”, rischia di avere effetti anticoncorrenziali, nel senso di rafforzare ulteriormente l’assetto già pressoché monopolistico che connota i diversi mercati di servizi *online*. Inoltre, le caratteristiche della rete possono conferire notevole risonanza anche a contenuti pubblicati su piattaforme “minori”.

A ciò si aggiungono i limiti di una normativa nazionale rispetto all’aterritorialità delle piattaforme digitali. È lecito quindi domandarsi se una simile disciplina non possa essere adottata a livello internazionale, mediante fonti pattizie (che tuttavia dovrebbero confrontarsi con la distanza fra approccio europeo e nordamericano in tema di *free speech*), o, quanto meno, a livello europeo. In questa seconda ipotesi, gli orizzonti di riforma potrebbero seguire almeno due itinerari.

Da una parte, la notevole evoluzione della realtà social-mediatica cui si è assistito nell’ultimo ventennio, come evidenziato da dottrina e giurisprudenza, ha messo in luce una certa obsolescenza della disciplina dettata

⁽⁶²⁾ M. CUNIBERTI, *L’art. 21 ha settant’anni. Potere e libertà*, in *MediaLaws*, 3-2018, p. 53.

dalla direttiva sul commercio elettronico, che andrebbe quindi superata, definendo un nuovo quadro normativo europeo in materia maggiormente sensibile alle nuove istanze di tutela dell'utente e di coinvolgimento dei *provider* in tal senso⁽⁶³⁾. Detto approccio "normativo" potrebbe tradursi nell'adozione di una nuova direttiva o di un regolamento "sui generis", sulla falsariga del GDPR. Intervento che si inserirebbe nel solco della competenza concorrente dell'Unione nel settore "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" e avrebbe finalità di contrasto di ogni forma di discriminazione, ai sensi dell'art. 10 TFUE, nonché di tutela della dignità e della vita privata, come garantite dagli artt. 1 e 7 della Carta di Nizza⁽⁶⁴⁾.

Dall'altra parte, potrebbe essere incoraggiata la recente tendenza all'auto-regolamentazione dei *provider*, attribuendo eventualmente carattere vincolante a linee guida e codici di condotta adottati in autonomia. Si pensi al già citato "Codice di condotta per lottare contro le forme illegali di incitamento all'odio *online*", adottato nel 2016 dalla Commissione europea insieme a Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube. Tale strumento di *soft law* prevede che le piattaforme predispongano «procedure chiare ed efficaci per esaminare le segnalazioni riguardanti forme illegali di incitamento all'odio nei servizi da loro offerti» e adottino «regole o orientamenti per la comunità degli utenti volte a precisare che sono vietate la promozione dell'istigazione alla violenza e a comportamenti improntati all'odio»⁽⁶⁵⁾.

I vantaggi dell'approccio "normativo" si apprezzano su diversi fronti. Anzitutto potrebbero essere adottate definizioni comuni, almeno a livello europeo, con riferimento a *hate speech*, principali forme di odio *ad personam* e *non-consensual pornography*⁽⁶⁶⁾. In secondo luogo, potrebbe essere

⁽⁶³⁾ Va segnalato che di recente è stato inaugurato un processo di revisione della normativa europea del cyberspazio. In particolare, è stata avanzata una Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un mercato unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, Bruxelles, 15 dicembre 2020, <https://eur-lex.europa.eu>.

⁽⁶⁴⁾ Sul punto, in dottrina si osserva come «l'introduzione da parte del legislatore europeo di uno specifico meccanismo potrebbe risolvere la maggior parte delle incertezze in materia: la previsione e regolamentazione di procedure c.d. di *notice and take down*». B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Dir. pen. cont.*, 5-2018, p. 256.

⁽⁶⁵⁾ L'adozione di tale Codice, di fatto, riconosce «il ruolo fondamentale delle piattaforme nel contrastare i fenomeni di *hate speech*». O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *op. cit.*, p. 430.

⁽⁶⁶⁾ In tal senso, la comunicazione della Commissione europea "Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online" (Com. n. 555 del 28 settembre 2017) individua fra gli elementi di debolezza della direttiva sul commercio elettronico il fatto di non prevedere una definizione normativa di "contenuto

garantita l'armonizzazione dei sistemi di gestione delle segnalazioni e delle tempistiche di rimozione dei contenuti, assicurando così un livello uniforme di tutela dell'utente. Inoltre, lungi dal tradursi in eccessive limitazioni della libertà di espressione, una normativa sovranazionale potrebbe scongiurare rischi di c.d. *collateral censorship* ⁽⁶⁷⁾, ossia di censura privata da parte delle piattaforme, prevedendo che la gestione delle segnalazioni sia affidata a organismi *ad hoc* dotati delle necessarie competenze e che l'utente possa ricorrere avverso le decisioni di rimozione rivolgendosi a un'autorità indipendente. Tutto ciò precisato, non vanno ignorate le perplessità della dottrina, che evidenzia le « difficoltà insite nell'armonizzare le diverse "sensibilità" degli ordinamenti giuridici nazionali rispetto a queste tematiche », nonché le presumibili « resistenze di quegli Stati che riterrebbero un intervento legislativo dell'Unione esorbitante rispetto ai limiti dettati dal rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità » ⁽⁶⁸⁾.

L'approccio basato sulla *self-regulation*, pur dimostrandosi più duttile e capace di adattarsi all'evoluzione delle tecnologie digitali ⁽⁶⁹⁾, non garantirebbe lo stesso livello di armonizzazione delle procedure di *notice and take down* e, quindi, la stessa uniformità nel grado di tutela riconosciuto all'utente e rischierebbe di « risultare inefficace dinanzi alla pressione derivante dagli interessi economici degli operatori del settore » ⁽⁷⁰⁾.

A ben vedere, le due dimensioni, armonizzazione garantita dall'approccio normativo e duttilità della *self-regulation*, potrebbero trovare aree di contatto laddove la disciplina introdotta a livello sovranazionale si fon-

illecito», lasciando che a ciò provvedano gli ordinamenti giuridici nazionali, oltre ad alcuni interventi legislativi settoriali adottati a livello di europeo.

⁽⁶⁷⁾ J.M. BALKIN, *Free speech and Hostile Environments*, in *Columbia Law Review*, 1999, 8, p. 2296.

⁽⁶⁸⁾ M.R. ALLEGRI, *op. cit.*, p. 211.

⁽⁶⁹⁾ In tal senso, in dottrina vi è chi individua come soluzione ottimale per garantire il massimo rispetto della libertà in rete la redazione di linee guida orientative per l'autoregolazione di *provider* e gestori di *social network*, incentivando « meccanismi collaborativi e di auto-condotta », nell'ottica di trovare il « giusto equilibrio tra efficacia dell'azione di tutela e garanzie di libera iniziativa economica degli operatori stessi e di libertà di espressione degli utenti della rete ». In particolare, si propone di « operare su due piani distinti: in senso generale, mediante la redazione di linee guida dirette a tutti gli operatori del settore e, in maniera più mirata, concludendo specifici protocolli di intesa con i soggetti maggiormente significativi (*in primis* i *social network* più diffusi) ». M. MENSI, P. FALLETTA, *op. cit.*, pp. 186-187.

⁽⁷⁰⁾ M.R. ALLEGRI, *op. cit.*, p. 211. Aggiunge l'Autrice: « solo la periodica valutazione dei risultati eventualmente ottenuti dalle pratiche di autoregolamentazione potrà confermarne la reale efficacia, o piuttosto declassarle a operazioni essenzialmente "cosmetiche" a ridotto impatto ».

dasse, al pari del GDPR⁽⁷¹⁾, sul concetto di *accountability*, di «responsabilità fiduciaria»⁽⁷²⁾, ossia di responsabilizzazione dei gestori attraverso l'imposizione di obblighi di risultato, di *compliance*, lasciando margini di libertà organizzativa sui mezzi per raggiungerli, includendo magari, secondo il modello della *responsive regulation*⁽⁷³⁾, misure amministrative flessibili che permettano ai *provider*, in sede di prima contestazione, di ottenere la riduzione o la sospensione della sanzione amministrativa in caso di tempestiva revisione delle procedure interne.

Inoltre, sempre secondo il modello del GDPR⁽⁷⁴⁾, potrebbe essere incoraggiata l'adozione di codici di condotta, da sottoporre ad accreditamento, al fine di coinvolgere i gestori non solo nel contrasto dei fenomeni afferenti al c.d. "lato oscuro della rete", ma altresì nella definizione delle regole e delle procedure da adottare per raggiungere tale obiettivo⁽⁷⁵⁾. «L'armonizzazione delle fonti e dei rimedi giuridici, per quanto debba partire da una base normativa di matrice sovranazionale e, quindi, in prima istanza europea» — si è infatti osservato — «non potrà che essere integrata anche da componenti di auto-regolamentazione — come testimoniano le posizioni assunte più volte dalla Commissione europea e dal Consiglio d'Europa in materia — che sono imprescindibili data la natura fluida del *Cyberspace*, il quale non si presta a essere rigidamente ed esaustivamente disciplinato attraverso gli strumenti e gli schemi del solo diritto pubblico»⁽⁷⁶⁾.

6. Conclusioni: governare le “variabili usurpatrici”: anonimato e “tiran- nia dell’algoritmo”⁽⁷⁷⁾.

Per concludere, le “variabili usurpatrici” della rete, quali la possibilità di agire in forma anonima e le logiche di visibilità governate dagli algoritmi, oltre a deporre nel senso di un necessario coinvolgimento dei *provider* e, in particolare, dei fornitori che ospitano *user generated content* nel contrasto di fenomeni particolarmente offensivi, come l'*hate speech*, l'odio

⁽⁷¹⁾ Regolamento (UE) 2016/679.

⁽⁷²⁾ Cfr. V. PELLIGRA, *I paradossi della fiducia: scelte razionali e dinamiche interpersonali*, Il Mulino, Bologna, 2007.

⁽⁷³⁾ Cfr. J. BRAITHWAITE, P. PETTIT, *Not Just Deserts. A Republican Theory of Criminal Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

⁽⁷⁴⁾ Artt. 40 ss. GDPR.

⁽⁷⁵⁾ In tal senso, anche M. CUNIBERTI, *L'art. 21*, cit., p. 54 ss.

⁽⁷⁶⁾ B. PANATTONI, *Il sistema di controllo successivo*, cit., pp. 262-263.

⁽⁷⁷⁾ Espressione di M. BENASAYAG, *La tirannia dell'algoritmo*, Vita e Pensiero, Milano, 2020.

ad personam e la pornografia non consensuale, esigono una riflessione sulla necessità di una loro regolazione.

Per quanto concerne l'anonimato, se, da una parte, gli studi di psicologia attestano che, nelle sue varie declinazioni, possa produrre effetti di deresponsabilizzazione favorendo i meccanismi di disimpegno morale, dall'altra, « sembrerebbe offrire benefici non irrilevanti anche dal punto di vista dell'autonomia dei gruppi, consentendo alle minoranze (di genere, di ceto, di etnia, di orientamento sessuale) di esprimere critiche, rivendicare pretese e organizzare forme di mobilitazione a un grado di intensità altrimenti impossibile » con effetti positivi di « redistribuzione del potere sociale »⁽⁷⁸⁾.

Nondimeno, vi è chi propone, quale mediazione fra le diverse istanze in gioco, di contrastare i due livelli più avanzati di anonimato, la *disapproved anonymity* e la *full anonymity*, consentendo invece un "anonimato controllato"⁽⁷⁹⁾ mediante l'imposizione alle piattaforme digitali dell'obbligo di chiedere agli utenti di identificarsi in fase di registrazione, garantendo la scrupolosa tutela dei dati personali così forniti. In altri termini, fatta salva la prerogativa dello pseudonimato, ossia di esprimersi e interagire in rete attraverso uno pseudonimo, si tratterebbe di prescrivere ai gestori, quanto meno delle piattaforme *social*, di richiedere agli utenti, quale condizione per registrarsi, di fornire le proprie generalità (già alcuni *social network* hanno iniziato a pretendere che gli utenti con profili "sospetti" si identifichino mediante fotografia o documento). Tale misura, in caso di commissione di fatti illeciti, consentirebbe di identificare l'utente in modo più agevole e sicuro di quanto non avvenga attraverso le indagini di polizia postale su indirizzi IP e *mac address* e potrebbe avere effetti deterrenti rispetto alla produzione e diffusione di contenuti offensivi. Come si è osservato, « si tratterebbe ovviamente di una transizione irta di difficoltà complicata dalla presenza di autorità di controllo rispondenti a governi illiberali, ma è in ogni caso un passaggio su cui interrogarsi nel momento in cui il mondo digitale è ormai diventato un'estensione di quello reale (ricreandone da ultimo anche la componente sociale) e, conseguentemente, non pare illogico estendere anche ad esso quelle forme di controllo sulle persone già riconosciute e accettate *offline* »⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. G. RESTA, *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2-2014, p. 173 ss. e M. CUNIBERTI, *Democrazie, dissenso politico e tutela dell'anonimato*, in *Dir. inf.*, 2-2014, p. 111 ss.

⁽⁷⁹⁾ G.M. RICCIO, *Diritto all'anonimato e responsabilità civile del provider*, in L. NIVARRA, V. RICCIUTO (a cura di), *Internet e il diritto dei privati. Persona e proprietà intellettuale nelle reti telematiche*, Giappichelli, Torino, 2002.

⁽⁸⁰⁾ A. MANTELERO, *La responsabilità on-line: il controllo nella prospettiva dell'impresa*, in *Dir. inf.*, 3-2010, p. 421.

Venendo agli algoritmi elaborati in base alla profilazione degli utenti, che presiedono alle logiche di visibilità dei contenuti in rete, essi concorrono, come illustrato, alla viralizzazione dei contenuti sensazionalistici, quali i contenuti di odio e sessualmente espliciti, alla conferma dei *bias* e alla radicalizzazione dei gruppi estremisti. A coloro che li ritengono parte integrante del modello di business dei *provider* e, in particolare, delle piattaforme *social*, riconducendoli alla libera iniziativa economica privata, vi è chi ribatte che tale libertà vada «armonizzata con l'“utilità sociale”, e ponendo come suoi limiti invalicabili la tutela della “sicurezza”, della “libertà” e della “dignità umana”»⁽⁸¹⁾.

Pertanto, da un parte, vi è chi propone un impiego virtuoso degli algoritmi, per compensarne la portata “usurpatrice”, prospettandone ad esempio l'utilizzo per individuare contenuti offensivi, verificarli, segnalarli o direttamente rimuoverli in maniera automatizzata⁽⁸²⁾. Un'idea interessante, ma che andrebbe sondata con cautela, in quanto il rischio di arbitrarietà insito nell'utilizzo di algoritmi è già emerso, ad esempio, in relazione agli algoritmi predittivi in materia di imputabilità e di pericolosità sociale⁽⁸³⁾. In particolare, elementi che potrebbero rendere difficile, in quanto connotata da esiti incerti, tale funzione dell'algoritmo sono la complessità del linguaggio umano, con le sue infinite sfumature, e il possibile impiego di strategie *ad hoc*, o addirittura di analoghe tecnologie, in grado di aggirare il filtro algoritmico.

Dall'altra, si potrebbe riflettere sul superamento dei meccanismi di indicizzazione fondati sul carattere sensazionalistico dei contenuti e sulla profilazione degli utenti. Se, infatti, vista la mole di informazioni che circola in rete, è indubbiamente agevole per i naviganti venire a contatto con contenuti e pubblicità che incontrano i loro interessi e riflettono le preferenze che hanno già espresso, è altrettanto evidente come tale sistema possa contribuire alla viralizzazione di contenuti offensivi nonché all'infantilizzazione dell'utente e alla sua chiusura in bolle autoreferenziali, con conseguenti effetti distorsivi e rischio di radicalizzazione di gruppi di *hater* e complottisti. La neutralizzazione di tali meccanismi ci potrebbe restituire una rete più pluralistica e quindi più democratica e più libera. In alternativa, per superare i molti *bias* che, come emerso da recenti studi, inficiano gli algoritmi, nella letteratura sociologico-digitale si propone di «sottoporre queste tecnologie alla base delle piattaforme digitali a un sistema di auditing, di con-

⁽⁸¹⁾ M. CUNIBERTI, *L'art. 21*, cit., pp. 46-47.

⁽⁸²⁾ G. ZICCARDI, *op. cit.*, pp. 87-88.

⁽⁸³⁾ Cfr. M. BERTOLINO, *Problematiche neuroscientifiche tra fallacie cognitive e prove di imputabilità e di pericolosità sociale*, in *Dir. pen. proc.*, 1-2020, p. 40 ss.

silenza, che non valuti solo l'efficacia funzionale, ma anche le conseguenze sociali del loro funzionamento»⁽⁸⁴⁾.

Ancora, per contrastare la velocità delle interazioni in rete, quale variabile usurpatrice che porta a un agire poco ponderato, si potrebbe prevedere l'introduzione di filtri (eventualmente basati su un sistema di parole chiave) che impongano all'utente una pausa per riflettere sull'opportunità dei contenuti che sta pubblicando o diffondendo, in modo da indurlo a un *quid pluris* di riflessione⁽⁸⁵⁾.

Quello che è certo è che solo un approccio interdisciplinare, che tenga in considerazioni i diversi interessi in gioco e le caratteristiche tecniche della rete, riflettendo, nella sua complessità, quella delle problematiche cui si è fatto cenno, potrà offrire realistiche prospettive di efficacia e di giustizia.

Riferimenti bibliografici principali

- ACCINNI G.P., *Profili di responsabilità penale dell'hosting provider "attivo"*, in *Arch. pen.*, 2-2017, pp. 1-21.
- ALLEGRI M.R., *Ubi Social, Ibi Ius. Fondamenti costituzionali dei social network e profili giuridici della responsabilità dei provider*, Franco Angeli, Milano, 2018.
- CALETTI G.M., *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di internet. L'art. 612-ter c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4-2019, pp. 2045-2090.
- CUNIBERTI M., *L'art. 21 ha settant'anni. Potere e libertà*, in *MediaLaws*, 3-2018, pp. 39-61.
- FLOR R., *Social networks e violazioni penali del diritto d'autore. Quali prospettive per la responsabilità del fornitore del servizio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 3-2012, pp. 647-694.
- INGRASSIA A., *Responsabilità penale degli internet service provider: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 1621-1628.
- MENSI M., FALLETTA P., *Il diritto del Web*, 2^a ed., CEDAM, Padova, 2018.
- MONTANARI M., *La responsabilità delle piattaforme on-line. Il caso Rosanna Cantone*, in *Dir. inf.*, 2-2017, pp. 243-283.
- PANATTONI B., *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi di notice and take down*, in *Dir. pen. cont.*, 5-2018, pp. 249-263.
- PASTA S., *Razzismi 2.0. Analisi socio-educativa dell'odio online*, Editrice Morcelliana, Brescia, 2018.
- PICOTTI L., *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in CADOPPI A. ET AL. (a cura di), *Cybercrime*, UTET, Milano, 2019.

⁽⁸⁴⁾ D. BENNATO, *Se (anche) l'algoritmo è sessista: ecco perché Instagram preferisce la pelle femminile nuda*, 14 settembre 2020, www.agendadigitale.eu.

⁽⁸⁵⁾ A. VISCONTI, *Alcune considerazioni criminologiche e politico-criminali sulle cd. fake-news*, in *Jus*, 1-2020, pp. 68-69.

- POLLICINO O., DE GREGORIO G., Hate speech: *una prospettiva di diritto comparato*, in *Giorn. dir. amm.*, 4-2019, pp. 421-436.
- RESTA G., *Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato*, in *Dir. inf.*, 2-2014, pp. 171-205.
- SORGATO A., *Revenge porn. Aspetti giuridici, informatici e psicologici*, Giuffrè, Milano, 2020.
- SPENA A., *La parola odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello hate speech*, in *Criminalia*, 2017, pp. 577-607.
- VISCONTI A., *Alcune considerazioni criminologiche e politico-criminali sulle cd. fake-news*, in *Jus*, 1-2020, pp. 43-71.
- ZICCARDI G., *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2016.

MICHELE PISATI

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E NUOVI SCENARI COOPERATIVI NELLE INVESTIGAZIONI ONLINE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'intelligenza artificiale nelle indagini *online*. — 3. Il silenzio del codice di procedura penale. — 4. ... E le insufficienti tutele del d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51 in materia di *data protection*. — 5. Le indicazioni delle fonti sovranazionali: la *compliance* degli attori privati. — 6. Conclusioni.

1. Premessa.

Lo svolgimento di compiti di tradizionale spettanza umana da parte di macchine, che emulano capacità cognitive e operano mediante algoritmi senza la costante guida dell'uomo, è ormai parte integrante della realtà quotidiana. Non può sfuggire la varietà di applicazioni pratiche delle tecnologie di intelligenza artificiale in tutti i settori della società, pubblici e privati, financo nel contrasto alla diffusione della pandemia da Covid-19⁽¹⁾.

Era dunque facile prevederne l'approdo nelle attività di prevenzione e perseguimento dei reati; ed è ragionevole attendersi un incremento degli utilizzi e un miglioramento delle potenzialità dei sistemi d'intelligenza artificiale nel settore che ne occupa, alla luce dell'attenzione a essi dedicata dagli operatori e dagli studiosi, nonché dell'elaborazione di apposite raccomandazioni sovranazionali in materia.

La domanda di efficienza, a cui risponde l'automatizzazione di alcune attività di *law enforcement*, non deve tuttavia far sottovalutare le inedite preoccupazioni che si correlano all'utilizzo di strumenti il cui funzionamento non è sufficientemente approfondito dal punto di vista teorico — basti considerare l'assenza di una definizione univoca di "intelligenza arti-

⁽¹⁾ Cfr. il documento OCSE, *Using artificial intelligence to help combat COVID-19*, 23 aprile 2020, consultabile in www.oecd.org.

ficiale”⁽²⁾ —, né in tutte le sue variegate e imprevedibili declinazioni operative.

In particolare, è l’ambito delle indagini preliminari a rappresentare il principale banco di prova delle implicazioni dell’intelligenza artificiale sulla tenuta delle categorie fondamentali del procedimento penale di stampo accusatorio, stante la proliferazione di strumenti tecnologici di assistenza all’attività investigativa e di *predictive policing*. A quest’ultimo proposito, è agevole comprendere che all’uso di *software* predittivi delle aree geografiche o dei soggetti a rischio di criminalizzazione, il quale per vero si colloca nell’orizzonte dell’attività amministrativa d’ispezione o vigilanza *prima facie* estranea alle garanzie processuali, consegue l’intensificazione dei controlli di polizia tanto per la prevenzione dei reati quanto per l’acquisizione di notizie di reati già commessi. Inoltre, questi strumenti, grazie all’archiviazione di enormi quantità di dati, possono essere usati per suggerire nuove tracce d’indagine, onde attribuire al soggetto precedenti reati⁽³⁾.

Affiora un inestricabile dialogo tra attività d’intelligence e d’indagine che, se non sempre consente di stabilire con sicurezza il *dies a quo* a partire dal quale, emergendo indizi di reato, l’attività d’accertamento dovrà essere compiuta nel rispetto delle disposizioni del codice di procedura penale *ex art.* 220 norme att. c.p.p.⁽⁴⁾, non può far retrocedere le esigenze di tutela delle garanzie fondamentali.

⁽²⁾ Emblematico che il *Libro bianco sull’intelligenza artificiale. Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia* elaborato dalla Commissione europea (su cui v. *infra*, par. 5), abdicando all’intento definitorio, precisi «Qualunque nuovo strumento giuridico dovrà comprendere una definizione di IA abbastanza flessibile da accogliere il progresso tecnico, ma anche sufficientemente precisa da garantire la necessaria certezza del diritto» (p. 18). In generale, senza pretese di completezza, C. BURCHARD, *L’intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1914 ss.; J. NIEVA-FENOLL, *Intelligenza artificiale e processo* (trad. it. a cura di P. COMOGLIO), Giappichelli, Torino, 2019, pp. 7-8; F. VINCENZI, *Intelligenza artificiale, machine learning e deep learning*, in G. ZICCARDI, P. PERRI (a cura di), *Tecnologia e Diritto*, II, *Informatica Giuridica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 397. Sui profili tecnici, S.J. RUSSEL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence. A Modern Approach*, Prentice Hall, Upper Saddle River, 2010.

⁽³⁾ Cfr. F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi d’indagine*, in *Dir. pen. uomo*, 29 settembre 2019, p. 13; S. SIGNORATO, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 2, p. 605 ss.

⁽⁴⁾ In generale, D. CURTOTTI, *Procedimento penale e intelligence in Italia: un’osmosi inevitabile, ancora orfana di regole*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, pp. 436-437; A. FURGUELE, *Le investigazioni extrapenalistiche di natura “mista”*, in A. SCALFATI (a cura di), *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 141 ss.; F. GIUNCHEDI, *Le attività di prevenzione e di ricerca di intelligence*, in A. GAITO (a cura di), *La prova penale*,

Di qui, il riproporsi del quesito centrale, che periodicamente interessa gli studiosi, all'affacciarsi di nuovi metodi tecnologici sulla scena del procedimento penale⁽⁵⁾: se il codice di rito sia in grado di approntare adeguate salvaguardie dei diritti dell'accusato, ovvero se l'intelligenza artificiale reclami un regime normativo specifico. Ulteriori interrogativi sono sollevati, poi, dal coinvolgimento indiretto nell'attività inquirente dei soggetti privati coinvolti nel ciclo vitale dei *software*, fin dalla ideazione, i quali, nel programmarne gli obiettivi e i meccanismi decisionali, finiscono per influenzare lo svolgersi dell'attività investigativa in cui l'intelligenza artificiale è impiegata.

2. L'intelligenza artificiale nelle indagini *online*.

Prima di entrare in argomento, è opportuno un *distinguo* che sgombri il campo da possibili equivoci. Può essere utile muovere dalla partizione, proposta nell'ambito delle indagini e delle prove informatiche, tra *computer-derived evidence* e *computer-generated evidence*, a seconda che, rispettivamente, il supporto informatico sia oggetto dell'attività inquirente o probatoria, in quanto corpo del reato o cosa pertinente al reato, ovvero costituisca strumento per rielaborare i dati in possesso dei soggetti del procedimento⁽⁶⁾.

Negli stessi due sensi può declinarsi l'ingresso dell'intelligenza artificiale nell'attività investigativa *ex post facto*, veicolando così nel procedimento dati conoscitivi trattati e generati automaticamente attraverso algoritmi (c.d. *automatedly generated evidence*)⁽⁷⁾. *In primis*, i sistemi basati sull'intelligenza artificiale possono costituire l'oggetto dell'accertamento investigativo o probatorio. Si pensi all'estrazione dei dati prodotti dai sistemi di domotica e *Internet of Things* (IoT) o dalle automobili a guida autonoma⁽⁸⁾, e archiviati negli spazi di memoria fisici o, più spesso, virtuali

II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Utet, Torino, 2008, p. 1 ss.

⁽⁵⁾ G. SPANGHER, *Le prove informatiche*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Cybercrime*, Utet, Milano, 2019, p. 1304.

⁽⁶⁾ Cfr. L. LUPARIA, L. ZICCARDI, *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 145, sulla matrice anglosassone della distinzione.

⁽⁷⁾ Sul tema, diffusamente, S. QUATTROCOLO, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Springer, Cham, 2020, p. 73 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio

(*cloud*). In secondo luogo, possono servire come strumento per coadiuvare le autorità nella «raccolta, catalogazione e individuazione di correlazioni» tra grandi masse d'informazioni complesse, agevolandone l'acquisizione, la classificazione e la comprensione⁽⁹⁾.

A fronte di una mole d'informazioni da analizzare spesso soverchiante, è infatti con l'ausilio della capacità computazionale di tali strumenti tecnologici che si contemperano, in concreto, le esigenze di completezza e di celerità delle indagini. Ciò, peraltro, avviene in un momento storico di contrazione delle risorse a disposizione delle autorità e di contestuale incremento delle pretese di sicurezza pubblica e individuale⁽¹⁰⁾.

Ecco perché sono proprio le indagini nel *Cyberspazio*, luogo virtuale di condivisione di grandi masse di dati eterogenei in forma digitalizzata (*big data*) e di interazione *social* anche illecita⁽¹¹⁾, uno degli ambiti di maggiore diffusione dell'uso investigativo dell'intelligenza artificiale. Con limitata supervisione umana, gli strumenti basati sull'intelligenza artificiale estraggono e organizzano, coordinandoli e confrontandoli, i contenuti disponibili nelle fonti aperte *online* — *social network*, *social media*, bacheche elettroniche — ma anche nelle sorgenti protette (*deep web* e *dark nets*), sottoponendoli ad analisi per indicizzarne le informazioni in modo fruibile dall'utente umano⁽¹²⁾.

In questa prospettiva si colloca, in via esemplificativa, la progettazione di *tools* per il monitoraggio, l'estrazione e l'analisi delle informazioni reperibili in rete riguardanti attività (*cyber*)terroristiche, per intercettare fenomeni di radicalizzazione e reclutamento⁽¹³⁾, o per la rilevazione, in modo

2019, p. 2. Sul tema, in una prospettiva generale, L. VIZZONI, *Domotica e diritto. Problemi giuridici della smart home tra tutele e responsabilità*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021.

⁽⁹⁾ C. PARODI, V. SELLAROLI, *Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 6, p. 54.

⁽¹⁰⁾ Così EUROPOL, *Do criminals dream of electric sheep? How technology shapes the future of crime and law enforcement*, in www.europol.europa.eu, 2019, p. 18 ss.

⁽¹¹⁾ Sul concetto di *cyberspazio*, per tutti, L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in *Cybercrime*, cit., p. 38 ss., mentre sulla nozione di *big data*, G. DELLA MORTE, *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 159 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. C. CONTI, M. TORRE, *Spionaggio digitale nell'ambito dei social network*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 535 ss. Cfr. G. CECANESE, *Le pre-investigazioni informatiche e i controlli sui social*, in *Pre-investigazioni*, cit., p. 267 ss.

⁽¹³⁾ Il riferimento è, in via di esempio, al programma TENSOR (*clusTERiNg terroriSm actiOn pRediction*), uno dei progetti finanziati nell'ambito del programma *Horizon 2020* dalla Commissione europea (<https://cordis.europa.eu/project/id/700024>). Sul tema,

automatizzato, delle truffe *online*, le quali, in virtù del loro carattere seriale, si prestano a una identificazione algoritmica⁽¹⁴⁾. Ancora, si consideri l'applicazione di algoritmi alla banca dati internazionale sullo sfruttamento sessuale dei minori (*International Child Sexual Exploitation Database*), gestita da INTERPOL, per identificare le vittime e gli autori di reati a danno di minori, analizzando i volti, attraverso le tecnologie di *facial recognition*, l'arredamento o altri oggetti presenti nelle immagini statiche e nei filmati degli abusi reperiti dalle autorità ovvero riconoscendo le voci sullo sfondo⁽¹⁵⁾.

Peraltro, al monitoraggio sul *web* si accompagna, sempre più spesso, l'acquisizione investigativa dei dispositivi elettronici (*personal computer, tablet, smartphone, pendrive*) e dei contenuti ivi memorizzati, considerata la ricchezza d'informazioni che possono veicolare. Sono evidenti le implicazioni, in termini di efficienza e pervasività dell'attività di ricerca della prova e della notizia di reato, dell'uso di programmi di intelligenza artificiale che "passano al setaccio" i contenuti memorizzati per identificare in automatico le immagini raffiguranti nudità, violenza, armi o droga, e poi li coordinano con quelli reperiti in rete per elaborare una mappatura delle attività, degli spostamenti e delle relazioni dell'indagato con coloro che siano ritenuti vittime o concorrenti nel fatto di reato⁽¹⁶⁾.

Beninteso, il panorama sin qui sinteticamente delineato non ha alcuna pretesa di completezza, stante il dinamismo dell'evoluzione tecnologica e le difficoltà definitorie, che non rendono sempre facile distinguere *software* complessi da tecnologie d'intelligenza artificiale, anche per l'assenza d'informazioni complete⁽¹⁷⁾.

G. URICCHIO, *Il cyberterrorismo*, in M. IASELLI (a cura di), *Investigazioni digitali*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 731.

⁽¹⁴⁾ M.J. EDWARDS, C. PEERSMAN, A. RASHID, *Scamming the Scammers: Towards Automatic Detection of Persuasion in Advance Fee Frauds*, in *Proceedings of the 26th International Conference on World Wide Web Companion, Perth, Australia, April 3-7, 2017*, 2017, p. 1291 ss.

⁽¹⁵⁾ Lo rende noto A. ZAVRSNIK, *Algorithmic crime control*, in ID. (a cura di), *Big data, Crime and Social Control*, Routledge, Abingdon-New York, 2018, p. 142.

⁽¹⁶⁾ Cfr. S. COSTANTINI, G. DE GASPERIS, R. OLIVIERI, *Digital forensics and investigations meet artificial intelligence*, in *Annals of Mathematics and Artificial Intelligence*, 2019, 86, p. 193 ss.

⁽¹⁷⁾ Per ulteriori esempi, UNICRI / INTERPOL, *Towards Responsible AI Innovation. Second INTERPOL-UNICRI Report on Artificial Intelligence for Law Enforcement*, 18 maggio 2020, e ID., *Artificial Intelligence and Robotics for Law Enforcement*, 21 marzo 2019, consultabili in www.unicri.it. Sui sistemi utilizzabili in Italia e in Europa, si consenta il rinvio a M. PISATI, *Indagini preliminari e intelligenza artificiale: efficienza e rischi per i diritti fondamentali*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 960.

3. Il silenzio del codice di procedura penale.

Se è vero che, all'epoca dell'entrata in vigore del codice di procedura penale del 1988, non si sarebbero potuti prevedere i risultati che l'evoluzione tecnologica avrebbe raggiunto trent'anni più tardi, non è men vero che le istanze di adeguamento delle indagini all'incessante mutare della scienza e della tecnica non sono state ignorate dai compilatori del codice.

Nel disegno dei *conditores*, infatti, è consentito al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria compiere «una attività 'informale' (...), sostanzialmente libera nei modi del suo svolgimento»⁽¹⁸⁾, vincolata nel fine di consentire il vaglio di fondatezza della notizia di reato già acquisita, per le determinazioni sull'esercizio dell'azione penale (artt. 348, c. 3, e 358 c.p.p.).

D'altronde, nemmeno gli atti d'indagine codificati sono sempre disciplinati in maniera da impedirne lo svolgimento con tecnologie avanzate. Probanti, per le applicazioni d'intelligenza artificiale che vi si correlano, sono le disposizioni in materia di ispezioni, perquisizioni, sequestri informatici, che prevedono esclusivamente l'adozione di misure dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e a impedirne l'alterazione. Gli artt. 244, c. 2, 247, c. 1-bis, 352, c. 1-bis, c.p.p., come modificati dalla l. 18 marzo 2008, n. 48, non sembrano quindi precludere il ricorso a quelle tecniche e metodologie che il progresso renda possibili per le *digital forensics*.

Per giunta, sono le stesse eterogenee manifestazioni degli atti "artificiali" a essere refrattarie a una univoca qualificazione giuridica. È significativo il caso del riconoscimento facciale, che può agevolare l'attività di identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini, sulla base della clausola di apertura agli «altri accertamenti» contenuta nell'art. 349, c. 2, c.p.p., benché taluni vi ravvisino una «filiatura spuria del riconoscimento fotografico, a sua volta derivato atipico» dell'individuazione di persone da parte del pubblico ministero di cui all'art. 361, c. 1, c.p.p.⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ Cfr. *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, in *Gazz. Uff.*, Serie generale, n. 250, Suppl. ord., 2, 24 ottobre 1988, p. 87. Sul tema, per tutti, M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998, p. 34 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. R. LOPEZ, *La rappresentazione facciale tramite software*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 239 ss.; ID., *Riconoscimento facciale tramite software e individuazione del sospettato*, in *Pre-investigazioni*, cit., p. 295 ss. All'art. 349 c.p.p. fa riferimento il Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, "Sistema automatico di ricerca dell'identità di un volto", del 26 luglio 2018, in www.garanteprivacy.it, con riferimento al Sistema Automatico di Riconoscimento Immagini (S.A.R.I.).

Ciò premesso, l'interprete non può che domandarsi se gli usi più disparati dell'intelligenza artificiale possano essere ricondotti senza remore o cautele al paradigma dell'informalità investigativa. La risposta deve prendere le mosse da una osservazione di carattere generale: nessun atto d'indagine può porsi in contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento, né risolversi nell'introduzione surrettizia di materiale probatorio *contra legem*. Gli atti d'indagine, in altre parole, non possono proporsi come «veicoli ... di convincimento affidati interamente alle scelte dell'investigatore»⁽²⁰⁾.

S'impone un approfondimento. Anzitutto, in forza dei criteri generali stabiliti dagli artt. 187 ss. c.p.p., che nessuno dubita valgano fin dalle indagini preliminari⁽²¹⁾, è agevole concludere per la proibizione dei metodi e delle tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione della persona (art. 188 c.p.p.). In questo senso, devono ritenersi vietate tecniche di *lie detection* basate sull'intelligenza artificiale⁽²²⁾.

Quanto agli ulteriori impieghi dell'intelligenza artificiale, si deve mettere in guardia dalla tentazione di ricorrere all'art. 189 c.p.p. per regolare il compimento di atti investigativi innominati o realizzati con metodologie innovative non disciplinate dalla legge⁽²³⁾. Bisogna infatti evitare che si crei confusione tra piani differenti. Da un lato, quello dell'utilizzabilità probatoria dei risultati dell'elaborazione automatizzata, che evoca dinamiche analoghe a quelle della prova scientifica o tecnica, nuova e controversa⁽²⁴⁾, e, dall'altro, quello della legittimità dell'atto d'indagine in sé e per sé considerato.

Al primo ambito afferisce il meccanismo dell'art. 189 c.p.p., che obbliga il giudice a valutare l'idoneità della prova "atipica" all'accertamento dei fatti, la lesività della libertà morale, e di provvedere in contraddittorio a determinare le modalità della sua assunzione⁽²⁵⁾. Del resto, nessuna no-

⁽²⁰⁾ Cass., Un., 24 settembre 2003, n. 36747, RV. 225466.

⁽²¹⁾ G. VARRASO, *Neuroscienze e consulenza "investigativa"*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 363.

⁽²²⁾ Il riferimento è, in via di esempio, a iBorderCtrl, sviluppato nell'ambito dei controlli frontalieri dell'Unione europea, al fine di percepire automaticamente le dichiarazioni mendaci (<https://cordis.europa.eu/project/id/700626/it>). Cfr. B. GALGANI, *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, p. 21.

⁽²³⁾ Cfr. di recente G. CANZIO, *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2021, par. 5; G. RICCIO, *Ragionando su intelligenza artificiale e processo*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, p. 7.

⁽²⁴⁾ Per la definizione di tali caratteri, per tutti, O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 75 ss.

⁽²⁵⁾ Nella vasta letteratura sul tema, O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 83 ss.; nonché F.R. DINACCI, *Le regole generali delle prove*, in G. SPANGHER (a cura di), *Soggetti. Atti. Prove*, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB (diretto da),

vità tecnologica è « neutr[a] sia dal punto di vista delle capacità intrusive, sia sul piano dell'affidabilità del risultato », e, nel silenzio della legge, spetta al giudicante apprezzarne l'effettiva idoneità epistemologica⁽²⁶⁾.

Se il presupposto ricavabile dalla norma *de qua*, affinché gli elementi tecnico-scientifici possano assumere efficacia probatoria, risiede nella possibilità di controllarne *ex post* l'affidabilità dei risultati, attraverso un vaglio delle metodologie utilizzate per produrli⁽²⁷⁾, l'opacità di molti sistemi d'intelligenza artificiale (*black box*) assurge a vero ostacolo di conciliazione rispetto alle categorie del processo di parti e mette a dura prova le fondamentali garanzie difensive⁽²⁸⁾. Se è impossibile comprendere integralmente i passaggi logico-matematico-informatici che giustificano il risultato elaborato dal *software*, vuoi per esigenze di protezione della proprietà intellettuale dell'algoritmo, vuoi per intrinseca natura dello stesso, la verifica dell'attendibilità degli *output* è ostacolata, quando non impossibile⁽²⁹⁾.

A ciò si aggiunga che non bisogna sottovalutare la tendenza umana a riporre eccessiva fiducia nell'affidabilità e nell'oggettività della tecnologia, laddove, in verità, è proprio l'opacità a non fornire sufficienti garanzie in ordine alla neutralità dell'algoritmo, che potrebbe essere basata su logiche discutibili e ignote adottate dagli sviluppatori, nonché in merito alla corret-

Procedura penale. Teoria e pratica del processo, II, Torino, Utet, 2015, I, p. 774 ss.; G. TABASCO, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le «prove atipiche» tra teoria e prassi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli-Roma, 2011.

⁽²⁶⁾ A. SCALFATI, D. SERVI, *Premesse sulla prova penale*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le Prove*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, II, Utet, Torino, 2009, p. 27. Invece, sulla superfluità del ricorso all'art. 189 c.p.p. ove l'innovazione tecnico scientifica sia agevolmente riconducibile a un atto già regolato, G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 117.

⁽²⁷⁾ In giurisprudenza, in merito al valore probatorio dell'analisi del DNA, Cass., V, 27 marzo 2015, n. 36080, RV. 264863. In dottrina, esprimono differenti concezioni del momento in cui deve avvenire il vaglio sulla forza persuasiva della "nuova prova scientifica", O. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., p. 75 ss. e G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 145-146.

⁽²⁸⁾ In particolare S. QUATTROCOLO, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2019, 2, p. 117 ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. P. HAYES, I. VAN DE POEL, M. STEEN, *Algorithms and values in justice and security*, in *AI & Society*, 11 gennaio 2020, par. 2.6, che distinguono tre forme di opacità: quella dovuta alla scarsa conoscenza tecnica degli algoritmi da parte di coloro che utilizzano l'intelligenza artificiale o ne subiscono gli effetti; quella intenzionale, qualora siano i programmatori a voler salvaguardare la proprietà intellettuale dell'algoritmo o le vulnerabilità dello stesso non divulgandone tutte le specifiche; quella intrinseca, quando i caratteri dello strumento lo rendano in parte inesplicabile persino allo sviluppatore. In generale, F. PASQUALE, *The black box society*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.

tezza della sua progettazione e all'affidabilità dei suoi risultati⁽³⁰⁾. L'utilizzo delle nuove tecnologie può così sconfessare alle radici il modello accusatorio, che si inverte nella parità delle armi e si realizza fin dalla fase pre-processuale, e far rivivere modelli ormai superati d'istruzione inquisitoria.

Tuttavia, come anticipato, l'art. 189 c.p.p. delinea garanzie destinate a operare soltanto quando il giudice è chiamato a decidere sull'ammissibilità probatoria degli *output*; non prevede i casi e i modi per la realizzazione delle indagini atipiche e non è, quindi, idoneo a tutelare i diritti fondamentali — diversi dalla libertà morale — che ne vengano eventualmente lesi⁽³¹⁾. È, dunque, su un diverso versante che deve essere apprezzata la questione dei limiti all'attività d'indagine svolta in assenza di disciplina legale, che prescinde dalla futura utilizzazione dei risultati ottenuti e trascende la distinzione tra intelligenza artificiale opaca o spiegabile, involgendo l'uso dell'intelligenza artificiale nel suo complesso.

Come si è ben messo in evidenza, è immanente nel sistema il principio che impedisce di dare ingresso a elementi conoscitivi appresi al di fuori di qualsiasi previsione legale e in violazione dei diritti fondamentali della persona⁽³²⁾. A farne le spese, in caso contrario, sarebbero non soltanto le classiche libertà della persona (artt. 13-16 Cost.) e i presidi posti a salvaguardia della sua riservatezza in senso tradizionale, ma anche le nuove declinazioni del diritto alla vita privata su cui si riverbera l'utilizzo di strumenti d'indagine altamente tecnologici, la cui tutela è ormai imposta dall'integrazione, nel sistema delle fonti, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁽³⁰⁾ C. CESARI, *L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale - un orizzonte denso d'incognite*, RBDPP, 2019, p. 1167 ss.

⁽³¹⁾ In questi termini Cass., Sez. Un., 28 luglio 2006, n. 26795, RV. 234267, che però ha finito per ammettere, con distinzioni non sempre condivisibili, le videoriprese effettuate dalla polizia giudiziaria in luoghi non pubblici.

⁽³²⁾ C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007, p. 172; O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite alla prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2013, 3, p. 8 ss.; G. UBERTIS, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, *ivi*, 2020, 4, p. 84. Prospettano quindi dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 189 c.p.p., F. CAPRIOLI, *Riprese visive nel domicilio e intercettazione "per immagini"*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2178 ss.; E.M. MANCUSO, *La perquisizione on-line*, in *JusOnline*, 2017, 3, p. 432. Ravvisa invece la possibilità di un'esegesi costituzionalmente orientata dell'art. 189 c.p.p. per escludere gli atti compiuti in violazione dei diritti inviolabili T. BENE, *Il pedinamento elettronico: tecnica di investigazione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 456.

4. ... E le insufficienti tutele del d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51 in materia di *data protection*.

Dalle considerazioni che precedono discende la centralità dell'osservazione per cui l'intelligenza artificiale — il cui *proprium* risiede nell'elaborazione di grandi masse di dati — interferisce sempre con il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, riconosciuto sia nel contesto dell'Unione europea (art. 8 Carta), sia nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'art. 8 Cedu⁽³³⁾. Il diritto alla *data protection* instaura, a carico degli Stati, l'obbligo di prevedere controlli ed equilibri, ogniquale volta avvenga un trattamento di dati personali⁽³⁴⁾.

Nell'ordinamento italiano è il d.lgs. 18 maggio 2018, n. 51, nel dare attuazione alla Direttiva 2018/680/UE, a regolare la *data protection* con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di « prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati » (art. 1, commi 1-2). Nel definire il proprio perimetro applicativo, il decreto si riferisce a qualsiasi operazione, benché condotta interamente o parzialmente con l'ausilio di strumenti tecnologici, di raccolta, registrazione, organizzazione, strutturazione, conservazione, adattamento, modifica, estrazione, consultazione, uso, comunicazione, raffronto, interconnessione, d'informazioni riguardanti persone fisiche identificate o identificabili (artt. 1, c. 2, e 2, c. 1, lett. *a* e *b*)⁽³⁵⁾.

Il che significa che si propone quale parametro valutativo della liceità e della correttezza *in parte qua* dell'impiego di strumenti di elaborazione automatizzata di *data* da parte degli organi pubblici di *law enforcement*.

In estrema sintesi, dalla disamina globale del d.lgs. n. 51 del 2018 si ricava che le autorità devono trattare, nei soli casi previsti da legge o regola-

⁽³³⁾ U. PAGALLO, S. QUATTROCOLO, *The impact of AI in criminal law, and its two-fold procedures*, in W. BARFIELD, U. PAGALLO (a cura di), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, p. 390 ss.

⁽³⁴⁾ Lo chiarisce il *Manuale sul diritto europeo in materia di protezione dei dati*, pubblicato nel 2018 dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali e dal Consiglio d'Europa, reperibile in www.fra.europa.eu, in cui si distingue, opportunamente, tra diritto alla protezione dei dati di carattere personale (art. 8 Carta) e diritto alla riservatezza o *privacy* (art. 7 Carta), che pone un divieto generale di ingerenza nella vita privata; i due sovente vengono confusi, anche alla luce della comune riconducibilità alla tutela dell'art. 8 Cedu (p. 19 ss.). La distinzione tra *privacy* e *data protection* è conosciuta anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, come emerge dalla *Guida all'articolo 8 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo*, del 31 agosto 2018, p. 33 ss., consultabile in www.echr.coe.int.

⁽³⁵⁾ A commento, M. TORRE, *Protezione dei dati personali, processo penale e intercettazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 180 ss.

mento (art. 5)⁽³⁶⁾ e per finalità legittime e determinate (art. 3, c. 1, lett. *a* e *b*), esclusivamente i dati personali che siano necessari, proporzionati e pertinenti agli scopi d'indagine penale per i quali sono stati raccolti (art. 3, c. 1, lett. *c*), minimizzando la presenza di dati non pertinenti, ridondanti o marginali. Quando i dati non siano più necessari, vi è l'obbligo di distruggerli o anonimizzarli, sì da rendere non più identificabile la persona fisica a cui si riferiscono (art. 3, c. 1, lett. *e*).

Inoltre, è fatto divieto di adottare decisioni idonee a produrre effetti negativi nei confronti di una persona fisica sulla sola base di un algoritmo *ex art.* 8, c. 1. In base a tale norma, comunque derogabile dal diritto dell'Unione europea o da altre specifiche disposizioni di legge, è fatto divieto, per un verso, dell'introduzione del giudice *robotico* e, per altro verso, onde evitare pericolose elusioni, che il decisore *umano*, nella formazione del proprio convincimento, si riferisca soltanto ai risultati di un'elaborazione di dati effettuata dall'intelligenza artificiale⁽³⁷⁾.

Eppure, a uno sguardo sistematico e attento alle peculiarità dell'intelligenza artificiale, le garanzie stabilite *à la carte* si rivelano presto insoddisfacenti. Non è sfuggito il silenzio del d.lgs. n. 51 del 2018 sulle conseguenze processuali per il caso d'inosservanza delle sue disposizioni⁽³⁸⁾. Le soluzioni devono essere quindi ricercate sul piano interpretativo, attesa la natura fondamentale del diritto alla *data protection*.

Per un verso, il principio di tassatività stabilito all'art. 177 c.p.p. esclude si possa ravvisare una nullità dell'atto compiuto in violazione delle

⁽³⁶⁾ Il riferimento è al d.P.R. 15 gennaio 2018, n. 15, applicabile fino all'adozione di una diversa disciplina regolamentare (art. 49, c. 2, d.lgs. n. 51 del 2018), che integra in dettaglio il disposto legale nell'ambito del trattamento dei dati effettuato per finalità di polizia da organi, uffici e comandi di polizia, su cui v. G.M. BACCARI, *Il trattamento (anche elettronico) dei dati personali per finalità di accertamento dei reati*, in *Cybercrime*, cit., p. 1611 ss.

⁽³⁷⁾ In questa direzione le *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, 3 ottobre 2017, agg. 6 febbraio 2018, p. 23, elaborate dal Gruppo di lavoro articolo istituito ai sensi dell'art. 29 Direttiva 95/46/CE, organo indipendente dell'Unione europea per la protezione dei dati personali e della vita privata, e consultabili in www.garanteprivacy.it. Sul punto v. anche M. GIALUZ, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale*, cit., p. 17, per cui i risultati di un'elaborazione artificiale debbano essere considerati come un mero indizio ai sensi dell'art. 192, c. 2, c.p.p.

⁽³⁸⁾ Cfr. M. TORRE, *Protezione dei dati personali, processo penale e intercettazioni*, cit., p. 182 e 187, che richiama l'art. 160-bis d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (c.d. "Codice *privacy*"), disposizione dalla portata generale che rinvia alle "pertinenti disposizioni processuali" per la "validità, efficacia e utilizzabilità nei procedimenti giudiziari di atti, documenti e provvedimenti basati sul trattamento di dati personali non conforme a disposizioni di legge o regolamento".

norme in materia di *data protection*. L'assenza di una previsione sanzionatoria *ad hoc*, in termini di nullità speciale, in uno con l'impossibilità di ricondurre il vizio alle categorie generali di cui all'art. 178 c.p.p., depone in questo senso. Viceversa, sotto il profilo dell'inutilizzabilità (patologica) degli elementi prodotti da elaborazioni artificiali *contra legem*, bisogna dare atto della prospettabilità di soluzioni assai diversificate.

Merita, *in primis*, domandarsi se, quantomeno laddove siano in gioco diritti fondamentali, restino attuali quelle impostazioni che, a partire dall'art. 191, c. 1, c.p.p. («Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate»), escludono inutilizzabilità non espressamente previste dalla legge⁽³⁹⁾, ovvero postulano che la norma faccia riferimento alla sola violazione di legge processuale, in cui non è ricompreso il d.lgs. n. 51 del 2018⁽⁴⁰⁾.

Superando queste strettoie, vi è chi fa riferimento alla categoria della “prova illecita”, per concludere nel senso dell'inutilizzabilità di quanto acquisito in violazione delle norme penali che si pongono a tutela della *privacy* e dei dati personali, giusta la previsione di un'apposita fattispecie delittuosa per il trattamento illecito *ex art.* 43 d.lgs. n. 51 del 2018⁽⁴¹⁾. È vero che il percorso, già controverso, è divenuto ancora più arduo alla luce dei *dicta* enunciati dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 219 del 2019⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ Per tutti, F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 612 ss. Per uno sguardo complessivo alle diverse impostazioni in materia, C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussole della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 781 ss.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cass., II, 7 giugno 2016, n. 28367, RV. 270362, prendendo in esame la violazione del “Codice *privacy*”. In dottrina, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 219.

⁽⁴¹⁾ Con riferimento alle ipotesi in cui l'effettuazione di videoriprese nei luoghi di lavoro, G. PADUA, *Installazione privata di telecamere e impiego dei contenuti*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 205. Propendono per l'inutilizzabilità della “prova illecita”, tra gli altri, F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 64; F. ZACCHE', *Operazione antidroga “sotto copertura” condotta dalla polizia municipale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3575-3576. Nella giurisprudenza di legittimità, una apertura in tal senso si può rinvenire in Cass., Sez. Un., 28 maggio 2003, n. 36747, cit.

L'orientamento tradizionale esclude invece l'inutilizzabilità della “prova illecita”: in materia di trattamento illecito di dati personali, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 4, p. 64; nonché, in termini generali, per tutti, F. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 147 ss.

⁽⁴²⁾ Corte cost., 3 ottobre 2019, n. 219, con nota di R. CASIRAGHI, *L'invalidità derivata in materia probatoria non è esclusa dalla Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 2228 ss.

Nell'escludere l'inutilizzabilità derivata di quanto acquisito in seguito a illegittima ricerca della prova, la Corte ha specificato la reciproca autonomia tra il *quomodo* dell'acquisizione, in violazione di precetto disciplinare o addirittura penale, e l'utilizzabilità della prova, in assenza d'espressa comminatoria di legge. Ha infatti chiarito che non sarebbe necessario ricorrere alla categoria dell'inutilizzabilità per disincentivare le possibili deviazioni dai protocolli legali da parte delle autorità: «un simile obiettivo viene in ogni modo perseguito dall'ordinamento a traverso la persecuzione diretta, in sede disciplinare o, se del caso, anche penale, della condotta "abusiva" che possa essere stata posta in essere»⁽⁴³⁾.

È altrettanto vero che è la stessa giurisprudenza costituzionale, non contraddetta dalla pronuncia da ultimo richiamata, a offrire una lettura che potrebbe fare al caso dell'interprete che non si rassegni a lasciare la violazione del diritto alla *data protection* sguarnita di sanzioni processuali⁽⁴⁴⁾. In questa prospettiva, sarebbero le norme che riconoscono i diritti inviolabili della persona, immediatamente precettive, a costituire divieti probatori impliciti⁽⁴⁵⁾, non soltanto attingendo al catalogo delle tradizionali libertà di cui agli artt. 13 ss. Cost.: l'esclusione probatoria potrebbe ricavarsi «dal principio personalistico enunciato dall'art. 2 Cost., e dalla tutela della dignità della persona che ne deriva»⁽⁴⁶⁾.

Di qui la conferma, per altra via, del principio generale già richiamato in precedenza: il divieto di utilizzare prove acquisite in spregio di diritti fondamentali e costituzionalmente tutelati⁽⁴⁷⁾. Si profilano le premesse per un'interpretazione evolutiva dell'inutilizzabilità, che individui nuovi spazi di tutela, sotto il profilo processuale, per le proiezioni inedite della perso-

⁽⁴³⁾ Corte cost., 3 ottobre 2019, n. 219, cit., richiamando anche precedenti di legittimità (Cass., I, 25 maggio 2006, n. 18438, RV. 234672).

⁽⁴⁴⁾ Il riferimento è a Corte cost., 4 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, p. 341 ss. Sul punto, P. FERRUA, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *disCrimen*, 2019, 3, p. 75.

⁽⁴⁵⁾ In questo senso anche Corte cost., 7 maggio 2008, n. 149. Favorevoli alla categoria della "prova incostituzionale", tra gli altri, A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1192 ss.; F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, cit., p. 75 ss.; P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 104 ss.

⁽⁴⁶⁾ Cass., Sez. Un., 1° luglio 2016, n. 26889, RV. 266905. Sul punto, di recente, B. ROMANELLI, *Delitto di tortura e inutilizzabilità probatoria*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Wolters Kluwer-Cedam, Milanofiori Assago, 2018, p. 274.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. *supra*, par. 3.

nalità dell'*homo digitalis* che, al tempo stesso fisico ed elettronico, ai *data* affida esperienze di vita, preferenze e sentimenti⁽⁴⁸⁾.

Si pone, in ogni caso, la necessità che sia il legislatore a porre al più presto rimedio allo scarto, introducendo espliciti divieti probatori *in subjecta materia*, conseguenti alla violazione del d.lgs. n. 51 del 2018 e del relativo regolamento. Nel farlo, non potrà non prendere in considerazione l'altro più evidente punto debole della normativa in esame. Quando si analizza l'insieme delle attitudini dell'intelligenza artificiale, ci si accorge che, a causa della natura in tutto o in parte autonoma e talvolta opaca, dei *software*, può risultare in concreto impossibile comprendere se, nell'elaborazione delle informazioni, siano state rispettate le norme poste a tutela del diritto fondamentale alla protezione dei dati personali.

I risultati dell'elaborazione potrebbero non essere preventivabili *ex ante*; i sistemi potrebbero eludere l'anonimizzazione dei dati; la mancanza di adeguate garanzie sull'effettiva sicurezza da aggressioni esterne non pone, poi, sufficientemente al riparo da danneggiamenti, manipolazioni, acquisizioni dei dati riservati conservati nelle banche dati di polizia e trattati dall'intelligenza artificiale⁽⁴⁹⁾. *Last but not least*, è la stessa intrinseca connessione tra intelligenza artificiale e attività d'analisi di (mega)dati a fini investigativi a porsi in tensione con il principio di minimizzazione delle informazioni personali a disposizione dell'autorità, sancito all'art. 3, c. 1, lett. c), d.lgs. n. 51 del 2018, nonché con il più generale principio di proporzionalità che dovrebbe conformare qualsiasi attività d'indagine che costituisca un'ingerenza in un diritto fondamentale⁽⁵⁰⁾. Elementi, questi, che contribuiscono a rafforzare il convincimento per cui l'uso dell'intelligenza artificiale, senza adeguata disciplina legale, rappresenta di per sé un rischio, da valutare con la massima prudenza.

⁽⁴⁸⁾ Per suggestioni in tal senso, L. PARLATO, *Libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali: verso nuovi orizzonti di tutela nell'accertamento penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, p. 291 ss.; E.M. MANCUSO, *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in *Le indagini atipiche*, cit., p. 511 ss. Più in generale, sulla connessione tra dignità della persona e *data protection*, S. RODOTÀ, *Privacy, libertà, dignità. Discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati*, 2004, in www.garanteprivacy.it.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. anche con riferimento alle fonti sovranazionali, A. MANTELETO, *Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies*, 25 gennaio 2019, reperibile in www.rm.coe.int; nonché F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'intelligenza artificiale*, in Id. (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 164 ss.

⁽⁵⁰⁾ Nella dottrina tedesca, T. RADEMACHER, *Artificial Intelligence and Law Enforcement*, in T. WISCHMEYER, T. RADEMACHER (a cura di), *Regulating Artificial Intelligence*, Springer, Cham, 2020, p. 232 ss.

5. Le indicazioni delle fonti sovranazionali: la *compliance* degli attori privati.

Ad avallare i dubbi sull'utilizzabilità *ad libitum* dell'intelligenza artificiale (non soltanto) nella giustizia penale sono, come anticipato, le indicazioni più recenti promananti dagli organismi sovranazionali, tanto nell'ambito della "grande Europa"⁽⁵¹⁾, quanto nel contesto dell'Unione europea. A quest'ultimo riguardo, spicca, in particolare, il "*Libro bianco sull'intelligenza artificiale*", pubblicato il 19 febbraio 2020 dalla Commissione europea, uno dei punti di riflessione più avanzati in materia, elaborato, peraltro, in un contesto istituzionale dotato di poteri normativi⁽⁵²⁾. Del pari, è all'ordine del giorno l'adozione, da parte del Parlamento europeo, di una Risoluzione in merito all'uso dell'intelligenza artificiale nella giustizia penale⁽⁵³⁾.

Benché appartenenti alla *soft law*, gli strumenti normativi così elaborati sono di estremo interesse ai fini che ne occupa, giacché enucleano le direttrici fondamentali per l'auspicabile regolamentazione dell'impiego dell'intelligenza artificiale.

⁽⁵¹⁾ In particolare, *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, adottata nel 2018, elaborata dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ (2018)14); *Guidelines on artificial intelligence and data protection*, pubblicate il 25 gennaio 2019 nell'ambito della Convenzione di Strasburgo n. 108 del 1981 sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati di carattere personale, elaborate dal *Consultative committee of the convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data*, Strasbourg, 25 January 2019; nonché la Raccomandazione sugli impatti dei sistemi algoritmici sui diritti umani [CM/Rec(2020)1] adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'8 aprile 2020. Tutti i documenti sono consultabili in www.coe.int.

⁽⁵²⁾ *Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia* (COM (2020) 65 final), del 19 febbraio 2020, reperibile in www.ec.europa.eu. V. anche *Risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate* (2020/2012(INL)), in www.europarl.europa.eu, pubblicata il 20 ottobre 2020, in cui si propone l'adozione di un regolamento sul punto; *European Parliament resolution on artificial intelligence: questions of interpretation and application of international law in so far as the EU is affected in the areas of civil and military uses and of state authority outside the scope of criminal justice* (2020/2013(INI)), *ivi*, pubblicata il 20 gennaio 2021.

Sulle indicazioni europee in materia, in sintesi, G. PASCERI, *Intelligenza artificiale, algoritmo e machine learning. La responsabilità del medico e dell'amministrazione sanitaria*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021 p. 53.

⁽⁵³⁾ *Artificial intelligence in criminal law and its use by the police and judicial authorities in criminal matters* [2020/2016(INI)]. Lo stato di avanzamento dei lavori è consultabile al seguente indirizzo: <https://oeil.secure.europarl.europa.eu/>.

Più nello specifico, essi convergono su due punti fondamentali: l'uno concernente i rischi connessi all'intelligenza artificiale che, se può contribuire alla maggiore efficienza dei sistemi di *law enforcement*, può mettere a repentaglio in maniera diretta e incisiva i diritti fondamentali dei cittadini europei ove impiegata dalle Forze dell'Ordine e dalla magistratura, specialmente con riferimento all'equità processuale e alla *data protection* ⁽⁵⁴⁾. L'altro punto fermo riguarda, in stretta connessione, l'esigenza di un quadro normativo *ad hoc* costruito sia aggiornando la legislazione esistente — non stupisce che, fra le altre, sia proprio la normativa in materia di *data protection* a essere ritenuta meritevole di perfezionamento — sia attraverso la predisposizione di disposizioni vincolanti sui caratteri indefettibili dei sistemi di intelligenza artificiale ⁽⁵⁵⁾.

Sotto questo versante emerge la consapevolezza dell'insufficienza di una disciplina di eccessivo dettaglio e “calata dall'alto”, esposta al rischio di una rapida obsolescenza alla luce del dinamismo del settore in questione ⁽⁵⁶⁾. Oltretutto, come accennato, l'opacità, la complessità, l'imprevedibilità, la parziale autonomia dei sistemi di intelligenza artificiale possono rendere difficile la verifica del rispetto e l'effettiva attuazione della normativa in materia di protezione di quegli stessi diritti messi in pericolo. In quest'ottica, alla definizione di un quadro generale di principi etici e giuridici — in estrema sintesi, trasparenza, imparzialità, *accountability*, equità, accuratezza e prevedibilità dei risultati, controllo umano sull'operato dell'intelligenza artificiale — non può non accompagnarsi il coinvolgimento di chi è nelle condizioni migliori per controllare e governare i rischi correlati all'uso delle tecnologie avanzate ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁴⁾ *Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, cit., p. 11. Nello stesso senso la *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi*, cit., p. 5 e il documento pubblicato dal *Committee of experts on internet intermediaries* del Consiglio d'Europa, *Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possibile regulatory implications*, del marzo 2018, consultabile in www.edoc.coe.int.

⁽⁵⁵⁾ *Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, cit., p. 13 ss.

⁽⁵⁶⁾ Si prospetta l'intento di evitare una «sovra regolamentazione» in *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale della robotica e delle tecnologie correlate*, cit. Cfr. G. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 1670-1671.

⁽⁵⁷⁾ *Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, cit., p. 25. Cfr. A. BERTOLINI, *Artificial Intelligence and civil liability*, in www.europarl.europa.eu, Brussels, 2020, p. 122 ss.

Di qui l'appello ad azioni *reattive*, da un lato, e *proattive*, dall'altro, di chi partecipa all'ideazione, alla progettazione, allo sviluppo dei programmi di intelligenza artificiale impiegati nel settore pubblico. Per un verso, si sollecitano gli sviluppatori — la persona fisica o giuridica che prende decisioni volte a determinare e controllare la direzione o la modalità di sviluppo dell'intelligenza artificiale — a mettere a disposizione delle autorità, su richiesta, la documentazione sulla procedura e sulle metodologie utilizzate per l'elaborazione dell'algoritmo, di modo che possano essere diffuse informazioni chiare sui sistemi in uso, sul loro funzionamento e sulla loro affidabilità e sia così garantito un sufficiente livello di trasparenza e, quindi, la controllabilità dei risultati dell'elaborazione automatizzata⁽⁵⁸⁾.

Quanto alle azioni che i soggetti privati dovrebbero adottare di propria iniziativa, si raccomanda di assicurare che i programmi da loro sviluppati non siano la causa o contribuiscano a violazioni di diritti umani e che le loro azioni rispettino tali diritti, a prescindere della capacità o volontà degli attori pubblici di conformarsi alle norme sui diritti fondamentali (sez. C.1, p.to 1.1. CM/Rec(2020)1)⁽⁵⁹⁾.

In questo scenario di cooperazione sinergica pubblico-privato, imperniato su un sistema di *compliance* auto-regolativo, nello scenario europeo assume rilievo fondamentale la procedura di certificazione dei prodotti e servizi basati su tecnologie d'intelligenza artificiale, sicché solo i *software* "certificati" possano essere utilizzati nei settori pubblici, in quanto rispet-

⁽⁵⁸⁾ In questo senso, in particolare, *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale della robotica e delle tecnologie correlate*, cit., p.to 20, in cui si «[c]hiede l'obbligo per gli sviluppatori e gli operatori di tecnologie ad alto rischio di fornire alle autorità pubbliche, qualora una valutazione del rischio lo indichi, la documentazione pertinente sull'uso e la progettazione nonché le istruzioni di sicurezza, inclusi, ove strettamente necessario e nel pieno rispetto della legislazione dell'Unione in materia di protezione dei dati, vita privata, diritti di proprietà intellettuale e segreti commerciali, il codice sorgente, gli strumenti di sviluppo e i dati utilizzati dal sistema».

⁽⁵⁹⁾ Raccomandazione sugli impatti dei sistemi algoritmici sui diritti umani, cit., p. 11: «*Private sector actors engaged in the design, development, sale, deployment, implementation and servicing of algorithmic systems, whether in the public or private sphere, must exercise due diligence in respect of human rights. They have the responsibility to respect the internationally recognised human rights and fundamental freedoms of their customers and of other parties who are affected by their activities. This responsibility exists independently of States' ability or willingness to fulfil their human rights obligations. As part of fulfilling this responsibility, private sector actors should take continuing, proactive and reactive steps to ensure that they do not cause or contribute to human rights abuses and that their actions, including their innovative processes, respect human rights. They should also be mindful of their responsibility towards society and the values of democratic society. Efforts to ensure human rights compliance should be documented*».

tosì dei requisiti di trasparenza e di riduzione dell'impatto sui diritti della persona⁽⁶⁰⁾.

Non può essere trascurato, in chiusura, che fra i sistemi automatizzati a rischio elevato per i diritti fondamentali si annoverano proprio quelli di identificazione biometrica remota — di cui le applicazioni di *facial recognition* rappresentano lo sviluppo più noto — poiché si prestano controlli discriminatori e oppressivi da parte delle autorità pubbliche⁽⁶¹⁾. È pertanto legittima la diffidenza nei confronti della futuribile applicazione di un sistema di riconoscimento automatico di volti in tempo reale, denominato S.A.R.I. *Real Time*, che risulta in fase di perfezionamento da parte delle autorità di polizia italiane⁽⁶²⁾: c'è da augurarsi che alla necessaria ottimizzazione tecnica, si accompagni una riflessione sulle implicazioni etiche e giuridiche di tali sistemi⁽⁶³⁾.

6. Conclusioni.

Considerato tutto ciò, non può che uscire confermato l'assunto per cui l'utilizzo dell'intelligenza artificiale nell'ambito delle indagini preliminari è,

⁽⁶⁰⁾ In questo senso, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale*, cit., p. 27; *Guidelines on artificial intelligence and data protection*, cit.; nonché, sulla proposta di un "certificato europeo di conformità etica", l'art. 16 della proposta di regolamento allegata alla *Risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate*, cit.

⁽⁶¹⁾ Così il *Libro bianco sull'intelligenza artificiale. Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, cit., p. 24. Sulle principali criticità correlate a questi sistemi, il documento elaborato dalla *European Union Agency for Fundamental Rights (FRA)*, *Facial recognition technology: fundamental rights considerations in the context of law enforcement*, in www.fra.europa.eu, 2020, p. 23 ss.

⁽⁶²⁾ Cfr. il Capitolato tecnico del Ministero dell'Interno per la procedura volta alla fornitura della soluzione integrata per il Sistema Automatico di Riconoscimento Immagini, reperibile in www.poliziadistato.it. Sul tema J. DELLA TORRE, *Novità dal Regno Unito: il riconoscimento facciale supera il vaglio della High Court of Justice (ma raccoglie le critiche del Garante Privacy d'Oltremarica)*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2020, 1, p. 231 ss.

⁽⁶³⁾ Nel Provvedimento in materia di videosorveglianza, 8 aprile 2010, in *Gazz. Uff.*, n. 99 del 29 aprile 2010, il Garante per la protezione dei dati personali ha ritenuto obbligatoria una verifica preliminare di compatibilità con il *corpus* normativo di tutela dei dati personali, *ex officio* o su interpellò, per «i sistemi di videosorveglianza dotati di *software* che permetta il riconoscimento della persona tramite collegamento o incrocio o confronto delle immagini rilevate (es. morfologia del volto) con altri specifici dati personali, in particolare con dati biometrici, o sulla base del confronto della relativa immagine con una campionatura di soggetti precostituita alla rilevazione medesima» (p.to 3.2.1.).

al momento, più foriero d'interrogativi e fondati timori, che di risposte. Nemmeno le indicazioni di provenienza sovranazionale, sebbene invitino chiaramente alla cautela, sono risolutive, attesa la loro natura non vincolante e in virtù delle limitate competenze dell'Unione europea nell'ambito processuale penale, secondo l'ordine fissato dall'art. 82 TFUE.

Pertanto, in primo luogo, occorre prospettare ragionevoli soluzioni che, senza anacronistiche derive luddiste, tengano conto della impossibilità di arrestare l'evoluzione tecnologica e degli inconvenienti che ne possono conseguire sul piano dei diritti fondamentali. Come si è puntualmente messo in evidenza, bisognerebbe sottoporre a riflessione critica la persistente opportunità dell'opzione codicistica per l'informalità investigativa⁽⁶⁴⁾, che costringe al continuo inseguimento di soluzioni esegetiche non sempre soddisfacenti, in attesa di interventi postumi di rattoppo da parte del legislatore, con buona pace di quanti, nel frattempo, abbiano subito gli effetti *in malam partem* delle investigazioni tecnologicamente atipiche.

Se il legislatore interno non può limitarsi all'inerte attesa della normativa sovranazionale, all'interprete spetta, in secondo luogo, porre l'accento sulle criticità dell'intelligenza artificiale e pretendere trasparenza da parte degli sviluppatori e delle autorità, senza la quale anche le riflessioni scientifiche divengono impossibili. Non sfugge l'appello dello stesso Consiglio di Stato che, nel decidere in materia di uso di algoritmi in sede decisoria pubblica, ha fornito importanti indicazioni, di portata generale, sul bilanciamento fra la pretesa di conoscibilità dell'algoritmo in tutti i suoi aspetti e le legittime aspettative di tutela della proprietà intellettuale degli sviluppatori: « non può assumere rilievo l'invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi utilizzati le quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza »⁽⁶⁵⁾.

L'assenza di informazioni complete sul funzionamento dei programmi costituisce, del resto, una forma di "opacità" la cui rimozione potrebbe,

⁽⁶⁴⁾ In questo senso, O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite alla prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, cit., p. 8 ss. Per una proposta di disciplina organica delle indagini tecnologicamente avanzate, S. MARCOLINI, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 760 ss.

⁽⁶⁵⁾ Cons. St., VI, sent. 13 dicembre 2019, n. 8472, in motiv. Conf. Cons. St., VI, sent. 4 febbraio 2020, n. 881. In termini non dissimili, Cons. St., VI, sent. 8 aprile 2019, n. 2270. Sui rapporti fra tutela della proprietà intellettuale e intelligenza artificiale, in una prospettiva di sintesi, M. IGLESIAS PORTELA, S. SHAMULIA, A. ANDERBERG, *Intellectual Property and Artificial Intelligence - A literature review*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019.

quantomeno, ridimensionare le preoccupazioni degli operatori e contribuire alla costruzione di un clima di fiducia nelle Istituzioni deputate all'applicazione della legge penale.

Bibliografia

- BACCARI G.M., *Il trattamento (anche elettronico) dei dati personali per finalità di accertamento dei reati*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Cybercrime*, Utet, Milano, 2019, pp. 1599-1620.
- BASILE F., *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi d'indagine*, in *Dir. pen. uomo*, 29 settembre 2019, pp. 1-33.
- BENE T., *Il pedinamento elettronico: tecnica di investigazione e tutela dei diritti fondamentali*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 443-464.
- BERTOLINI A., *Artificial Intelligence and civil liability*, European Union, Brussels, 2020.
- BURCHARD C., *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 1909-1942.
- CAMON A., *Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 1192-1213.
- CANZIO G., *Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2021.
- CAPRIOLI F., *Riprese visive nel domicilio e intercettazione "per immagini"*, in *Giur. cost.*, 2002, pp. 2176-2207.
- CASIRAGHI R., *L'invalidità derivata in materia probatoria non è esclusa dalla Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, pp. 2228-2231.
- CECANESE G., *Le pre-investigazioni informatiche e i controlli sui social*, in A. SCALFATI (a cura di), *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 267-294.
- CESARI C., *L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale - un orizzonte denso d'incognite*, RBDPP, 2019, pp. 1167-1187.
- CONTI C., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Cedam, Padova, 2007.
- CONTI C., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussole della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 781-797.
- CONTI C., TORRE M., *Spionaggio digitale nell'ambito dei social network*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 535-565.
- CORDERO F., *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963.
- CORDERO F., *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012.
- COSTANTINI S., DE GASPERIS G., OLIVIERI R., *Digital forensics and investigations meet artificial intelligence*, in *Annals of Mathematics and Artificial Intelligence*, 2019, 86, pp. 193-229.
- CURTOTTI D., *Procedimento penale e intelligence in Italia: un'osmosi inevitabile, ancora orfana di regole*, in *Proc. pen. giust.*, 2018, pp. 435-448.
- DELLA MORTE G., *Big data e protezione internazionale dei diritti umani. Regole e conflitti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

- DELLA TORRE J., *Novità dal Regno Unito: il riconoscimento facciale supera il vaglio della High Court of Justice (ma raccoglie le critiche del Garante Privacy d'Oltremarina)*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2020, 1, pp. 231-247.
- DINACCI F.R., *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Giuffrè, Milano, 2008.
- DINACCI F.R., *Le regole generali delle prove*, in G. SPANGHER (a cura di), *Soggetti. Atti. Prove*, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB (diretta da), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, II, Torino, Utet, 2015, I, pp. 757-824.
- DOMINIONI O., *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Giuffrè, Milano, 2005.
- EDWARDS M.J., PEERSMAN C., RASHID A., *Scamming the Scammers: Towards Automatic Detection of Persuasion in Advance Fee Frauds*, in *Proceedings of the 26th International Conference on World Wide Web Companion, Perth, Australia, April 3-7, 2017*, 2017, pp. 1291-1299.
- EUROPOL, *Do criminals dream of electric sheep? How technology shapes the future of crime and law enforcement*, 2019, consultabile in www.europol.europa.eu.
- FERRUA P., *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare dichiarazione di inammissibilità dagli effetti dissuasivi*, in *disCrimen*, 2019, 3, pp. 69-75.
- FINOCCHIARO G., *Intelligenza artificiale e protezione dei dati personali*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 1670-1677.
- FURGIUELE A., *Le investigazioni extrapenali di natura "mista"*, in A. SCALFATI (a cura di), *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 141-162.
- GALANTINI N., *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 4, pp. 57-71.
- GALGANI B., *Giudizio penale, habeas data e garanzie fondamentali*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, pp. 1-32.
- GIALUZ M., *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2019, pp. 1-23.
- GIUNCHEDI F., *Le attività di prevenzione e di ricerca di intelligence*, in A. GAITO (a cura di), *La prova penale*, II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento giudiziale*, Utet, Torino, 2008, pp. 1-18.
- HAYES P., VAN DE POEL I., STEEN M., *Algorithms and values in justice and security*, in *AI & Society*, 11 gennaio 2020.
- IGLESIAS PORTELA M., SHAMUILIA S., ANDERBERG A., *Intellectual Property and Artificial Intelligence - A literature review*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2019.
- LUPARIA L., ZICCARDI L., *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano, 2007.
- LOPEZ R., *La rappresentazione facciale tramite software*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 239-257.
- LOPEZ R., *Riconoscimento facciale tramite software e individuazione del sospettato*, in A. SCALFATI (a cura di), *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi)*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 295-318.
- MANCUSO E.M., *La perquisizione on-line*, in *JusOnline*, 2017, 3, pp. 412-434.

- MANCUSO E.M., *L'acquisizione di contenuti e-mail*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 497-534.
- MANTELERO A., *Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies*, 25 gennaio 2019, consultabile in www.rm.coe.int.
- MARCOLINI S., *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 760-792.
- MAZZA O., *I diritti fondamentali dell'individuo come limite alla prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2013, 3, pp. 4-12.
- NIEVA-FENOLL J., *Intelligenza artificiale e processo* (trad. it. a cura di P. COMOGLIO), Giappichelli, Torino, 2019.
- NOBILI M., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Cedam, Padova, 1998.
- OCSE, *Using artificial intelligence to help combat COVID-19*, 23 aprile 2020, consultabile in www.oecd.org.
- PADUA G., *Installazione privata di telecamere e impiego dei contenuti*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 191-207.
- PAGALLO U., QUATTROCOLO S., *The impact of AI in criminal law, and its twofold procedures*, in W. BARFIELD, U. PAGALLO (a cura di), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 385-409.
- PARLATO L., *Libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali: verso nuovi orizzonti di tutela nell'accertamento penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, pp. 291-307.
- PARODI C., SELLAROLI V., *Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 6, pp. 47-71.
- PASCHERI G., *Intelligenza artificiale, algoritmo e machine learning. La responsabilità del medico e dell'amministrazione sanitaria*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021.
- PASQUALE F., *The black box society*, Harvard University Press, Cambridge, 2015.
- PICOTTI L., *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Cybercrime*, Utet, Milano, 2019, pp. 33-96.
- PISATI M., *Indagini preliminari e intelligenza artificiale: efficienza e rischi per i diritti fondamentali*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, pp. 957-971.
- PIZZETTI F., *La protezione dei dati personali e la sfida dell'intelligenza artificiale*, in ID. (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 5-188.
- QUATTROCOLO S., *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 2019, 2, pp. 107-123.
- QUATTROCOLO S., *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal Discussion*, Springer, Cham, 2020.
- RADEMACHER T., *Artificial Intelligence and Law Enforcement*, in T. WISCHMEYER, T. RADEMACHER (a cura di), *Regulating Artificial Intelligence*, Springer, Cham, 2020, pp. 225-254.
- RICCIO G., *Ragionando su intelligenza artificiale e processo*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, pp. 1-14.
- RODOTÀ S., *Privacy, libertà, dignità. Discorso conclusivo della Conferenza internazionale sulla protezione dei dati*, 2004, consultabile in www.garanteprivacy.it.

- ROMANELLI B., *Delitto di tortura e inutilizzabilità probatoria*, in A. GIARDA, F. GIUNTA, G. VARRASO (a cura di), *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, Wolters Kluwer-Cedam, Milanofiori Assago, 2018, pp. 259-274.
- RUSSEL S.J., NORVIG P., *Artificial Intelligence. A Modern Approach*, Prentice Hall, Upper Saddle River, 2010.
- SCALFATI A., SERVI D., *Premesse sulla prova penale*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le Prove*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, II, Utet, Torino, 2009, pp. 3-84.
- SIGNORATO S., *Giustizia penale e intelligenza artificiale. considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 2, pp. 605-616.
- SPANGHER G., *Le prove informatiche*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Cybercrime*, Utet, Milano, 2019, pp. 1303-1305.
- TABASCO G., *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le «prove atipiche» tra teoria e prassi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli-Roma, 2011.
- TONINI P., CONTI C., *Il diritto delle prove penali*, Milano, Giuffrè, 2014.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2018.
- TORRE M., *Protezione dei dati personali, processo penale e intercettazioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, pp. 180-187.
- UBERTIS G., *Profili di epistemologia giudiziaria*, Giuffrè, Milano, 2015.
- UBERTIS G., *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Giuffrè, Milano, 2017.
- UBERTIS G., *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2020, 4, pp. 75-88.
- UNICRI/INTERPOL, *Artificial Intelligence and Robotics for Law Enforcement*, 21 marzo 2019, consultabile in www.unicri.it.
- UNICRI/INTERPOL, *Towards Responsible AI Innovation. Second INTERPOL-UNICRI Report on Artificial Intelligence for Law Enforcement*, 18 maggio 2020, consultabile in www.unicri.it.
- URICCHIO G., *Il cyberterrorismo*, in M. IASELLI (a cura di), *Investigazioni digitali*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, pp. 675-736.
- VARRASO G., *Neuroscienze e consulenza "investigativa"*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 343-374.
- VINCENZI F., *Intelligenza artificiale, machine learning e deep learning*, in G. ZICCARDI, P. PERRI (a cura di), *Tecnologia e Diritto*, II, *Informatica Giuridica*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, pp. 397-408.
- VIZZONI L., *Domotica e diritto. Problemi giuridici della smart home tra tutele e responsabilità*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021.
- ZACCHÉ F., *Operazione antidroga "sotto copertura" condotta dalla polizia municipale*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 3568-3579.
- ZAVRŠNIK A., *Algorithmic crime control*, in ID. (a cura di), *Big data, Crime and Social Control*, Routledge, Abingdon-New York, 2018, pp. 131-153.

Sezione VI

**AMBIENTE, SALUTE PUBBLICA
E SICUREZZA ALIMENTARE**

CARLO CUCINOTTA

LA COOPERAZIONE TRA PUBBLICO E PRIVATO NELLA TUTELA DELLA SALUTE IN MATERIA ALIMENTARE

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Alle radici della cooperazione tra pubblico e privato nel settore alimentare: la legislazione europea. — 3. La cooperazione tra pubblico e privato e la responsabilità penale degli operatori alimentari. — 4. La violazione degli obblighi di cooperazione e la responsabilità amministrativa degli operatori alimentari. — 5. Il ruolo dell'autorità pubblica nell'*enforcement* della disciplina igienico-sanitaria in materia di alimenti. — 5.1. I dati relativi agli illeciti amministrativi. — 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

La crescita impetuosa dell'industria alimentare dal secondo dopoguerra a oggi, l'abbattimento delle barriere commerciali innescato dal processo di integrazione europea, la moltiplicazione delle fonti di pericolo che ne è conseguita hanno indebolito la capacità degli Stati nazionali di proteggere adeguatamente la salute dei consumatori, rendendo indispensabile il ricorso alla cooperazione degli operatori privati. Si può così spiegare perché, mentre la legislazione alimentare italiana ha per lungo tempo ravvisato nel singolo operatore un mero «soggetto passivo del controllo effettuato dall'autorità pubblica [...], in un contesto normativo che attribuiva a quest'ultima il ruolo di fulcro della tutela igienico-sanitaria degli alimenti»⁽¹⁾, il sistema positivo attuale — ormai di matrice interamente eurounitaria in seguito all'emanazione del Reg. CE n. 178 del 2002 — pone a carico dei privati specifici doveri di autocontrollo e di autoregolazione.

Questo radicale mutamento di prospettiva è ricco di implicazioni sul versante sanzionatorio, poiché non soltanto incide sulla responsabilità degli operatori alimentari ma offre anche nuove strategie di tutela della salute dei consumatori. Nelle pagine che seguono esamineremo entrambi questi aspetti, non prima però di aver approfondito le ragioni che hanno con-

⁽¹⁾ M.P. GENESIN, *Obblighi di sicurezza, principio di precauzione e responsabilità dell'operatore del settore alimentare alla luce dei più recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 319 s.

dotto alla riforma europea del settore alimentare⁽²⁾ e analizzato i principali obblighi in cui si sostanzia la cooperazione tra autorità pubbliche e soggetti privati.

2. Alle radici della cooperazione tra pubblico e privato nel settore alimentare: la legislazione europea.

Sul finire dello scorso secolo, le gravi crisi sanitarie verificatesi in Europa, tra cui la diffusione dell'encefalopatia spongiforme bovina nel Regno Unito e la vicenda dei polli contaminati da diossina in Belgio, avevano drammaticamente posto in luce importanti criticità connesse alla realizzazione del mercato unico⁽³⁾. Il superamento dei dazi doganali e degli ostacoli tecnici agli scambi, dapprima attraverso il principio del mutuo riconoscimento e poi mediante un'incessante attività di armonizzazione normativa⁽⁴⁾, aveva infatti provocato — nell'aprire la strada alla libera circolazione dei prodotti alimentari — un vertiginoso aumento delle fonti di pericolo, nonché reso più difficile il controllo dei fenomeni epidemici.

Dinanzi agli incidenti sanitari sopramenzionati, i cui effetti si propagarono rapidamente anche negli altri Stati europei, era ovvio che in assenza di correttivi adeguati la fiducia dei consumatori negli alimenti prodotti fuori dai confini nazionali sarebbe stata gravemente compromessa, mettendo così in crisi gli stessi presupposti su cui era fondata la realizzazione del mercato comune⁽⁵⁾. Di qui la necessità di un urgente intervento di ri-

(2) Definita come una «rivoluzione normativa» da A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica. Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2013, p. 460.

(3) Per tutti M. SIMONATO, *The EU Dimension of 'Food Criminal Law'*, in *Food Regulation and Criminal Justice (International Colloquium Section II of the AIDP XXth World Congress, Beijing, China, 23rd-26th September 2016)*, a cura di A. NIETO MARTÍN, L. QUACKELBEEN, M. SIMONATO, in *Rev. int. dr. pen.*, 2-2016, p. 102 ss.

(4) Sul principio del mutuo riconoscimento e sui diversi interventi normativi succedutisi nel settore alimentare L. COSTATO, S. BOLOGNINI, *Note introduttive*, in *La sicurezza alimentare nell'Unione europea. Commentario a cura dell'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, p. 116; M. GNES, *Alimenti*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, diretto da M. CHITI, G. GRECO, Giuffrè, Milano, 2007, I, p. 117 ss.; C. MACMAOLÁIN, *Food law: European, domestic and international frameworks*, Hart Publishing Ltd, Oxford, 2015, p. 117 ss.; A. MATTERA RICIGLIANO, *La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del mercato comune*, in *Dir. comunit. sc. internaz.*, 1981, p. 281.

(5) Sull'interconnessione tra tutela della salute pubblica, fiducia dei consumatori e mercato unico degli alimenti, posta chiaramente in luce dalle crisi alimentari verificatesi sul finire dello scorso secolo, S. GABBI, *L'autorità europea per la sicurezza alimentare. Ge-*

forma teso ad assicurare una protezione elevata alla salute della collettività, che trovò formalmente avvio con la pubblicazione da parte della Commissione europea del Libro verde (1997) ⁽⁶⁾ e del Libro bianco sulla sicurezza alimentare (2000) ⁽⁷⁾.

I principi ispiratori di tali documenti programmatici possono essere riassunti in tre passaggi fondamentali. Anzitutto, in un contesto politico-economico caratterizzato da stringenti vincoli di bilancio per le amministrazioni pubbliche, si prende atto che ciascuno Stato non dispone delle risorse necessarie per ispezionare tutti gli stabilimenti e i prodotti alimentari quotidianamente posti in commercio. In secondo luogo, la filiera alimentare ha raggiunto dimensioni notevoli e possibili fattori di contaminazione — come avevano dimostrato le coeve crisi sanitarie, originate dalla somministrazione di mangimi nocivi ad animali di allevamento — possono rinvenirsi presso ogni segmento della catena produttiva, sicché non può ritenersi sufficiente incentrare i controlli sul prodotto finale, occorrendo al contrario vigilare sull'intera filiera alimentare (c.d. approccio *from farm to fork*). Infine, l'operatore privato — sia per competenze, sia per la maggiore vicinanza alle fonti di pericolo — rappresenta il soggetto più idoneo a garantire la sicurezza dei prodotti che pone in commercio, onde viene ritenuto opportuno che siano anzitutto coloro che svolgono attività pericolose, specie ove caratterizzate dal rischio di vittimizzazioni di massa, a vigilare affinché i pericoli insiti in siffatte attività non superino il livello giuridicamente consentito.

Negli anni immediatamente successivi i principi ora esposti trovano formale veste giuridica nel Reg. CE n. 178 del 2002 e nei successivi provvedimenti di attuazione (il c.d. pacchetto igiene composto dai Reg. CE n. 852, 853 e 854 del 2004), i quali segnano una svolta radicale nella regio-

nesi, aspetti problematici e prospettive di riforma, Giuffrè, Milano, 2009, p. 9, che osserva come «l'effetto più rimarchevole di tali crisi è stato proprio il riconoscimento a livello europeo della centralità che la fiducia del consumatore rivestiva per il successo dell'esperienza comunitaria. In altri termini, senza un consumatore europeo non poteva esistere un mercato interno europeo, giacché i cittadini dei paesi membri non avrebbero mai acquistato prodotti alimentari provenienti da altre nazioni se non avessero avuto fiducia nella loro sicurezza, almeno paragonabile a quella che nutrivano nei confronti dei prodotti nazionali. Non era più sufficiente porre in essere un quadro normativo comune (o equivalente): occorreva creare il consumatore europeo». Analogamente A. ALEMANNI, *Food Safety and The Single European Market*, in *What's Beef: The Contested Governance of European Food Safety Regulation*, a cura di C. ANSELL, D. VOGEL, MIT Press Ltd, Cambridge, 2006, p. 240.

⁽⁶⁾ *Principi generali della legislazione in materia alimentare nell'Unione europea*, COM (1997) 176, 30 aprile 1997.

⁽⁷⁾ *Libro bianco sulla sicurezza alimentare*, COM (1999) 719, 12 gennaio 2000.

lamentazione del settore alimentare, culminata — per quanto più da vicino ci interessa — nell'attribuzione a tutti gli operatori alimentari di puntuali obblighi organizzativi diretti a neutralizzare non soltanto i singoli fattori di rischio del proprio processo produttivo, bensì l'attività rischiosa nel suo complesso⁽⁸⁾. Ai controlli c.d. ufficiali svolti dalle autorità statali viene quindi affiancato un generale dovere di autocontrollo a carico dei soggetti privati, da declinarsi attraverso momenti di autoregolazione e l'esecuzione di specifici compiti preventivi.

Tra questi ultimi si staglia anzitutto l'obbligo di tracciare, in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione, i percorsi seguiti dagli alimenti e dai mangimi impiegati nel processo produttivo, onde accrescere il grado di trasparenza della filiera alimentare, rendere più agevoli i controlli eseguiti dalle autorità competenti e consentire il tracciamento di eventuali contaminazioni (art. 18 Reg. n. 178 del 2002)⁽⁹⁾. Viene inoltre richiesto a tutti gli operatori del settore di procedere al ritiro degli alimenti posti in commercio qualora sia stata scoperta la relativa nocività o non conformità ai requisiti di sicurezza previsti dalla normativa europea (art. 19 Reg. n. 178 del 2002). A ciascuna impresa è infine imposto l'obbligo di adottare un piano di autocontrollo aziendale, che per tutti gli operatori diversi dai c.d. produttori primari deve essere redatto e attuato secondo il metodo HACCP (art. 5 Reg. n. 852 del 2004), cioè un protocollo che richiede di individuare tutti i punti del segmento produttivo qualificabili come 'critici', di stabilire i livelli di rischio ritenuti accettabili e di defi-

⁽⁸⁾ Veniva così sviluppato e portato a compimento il processo di riforma avviato con la direttiva CEE n. 43 del 1993, emanata in seguito alla gravissima crisi sanitaria verificatasi negli Stati Uniti tra la fine del 1992 e i primi mesi del 1993 a causa della presenza del batterio *Escherichia coli* O157:H7 nelle polpette di manzo vendute in 73 ristoranti appartenenti alla nota catena *Jack in the Box*, per effetto della quale 4 bambini persero la vita, 108 persone subirono lesioni permanenti e altre 732 contrassero l'infezione del batterio. Anche sulla base del forte allarme suscitato da tale episodio, la Comunità europea optò per rendere obbligatoria l'adozione del metodo HACCP per tutte le imprese alimentari: stabiliva infatti l'art. 3, comma 2, della menzionata direttiva CEE — oggi sostituito dall'art. 5 del Reg. n. 852 del 2004 — che «le imprese del settore alimentare devono individuare nelle loro attività ogni fase che potrebbe rivelarsi critica per la sicurezza degli alimenti e garantire che siano individuate, applicate, mantenute e aggiornate le opportune procedure di sicurezza avvalendosi dei principi su cui è basato il sistema HACCP».

⁽⁹⁾ Sulle specifiche funzioni e sui benefici legati ai sistemi di tracciabilità nelle filiere agroalimentari E. SIRSI, *art. 18*, in *La sicurezza alimentare nell'Unione europea*, cit., p. 267 s.; E. STRINO, *Effetti prevedibili della tracciabilità di filiera sul mercato locale, nazionale e internazionale dei prodotti agroalimentari*, in *Atti dell'accademia dei Georgofili*, 2000, p. 236 s.

nire le pertinenti misure di prevenzione in attuazione delle norme igienico-sanitarie frutto dell'esperienza comune ovvero positivizzate dalla normativa comunitaria⁽¹⁰⁾.

Se le considerazioni ora svolte dimostrano dunque come l'Unione europea abbia adottato, a partire dal 2002, un approccio alla sicurezza alimentare «preventivo e attivo, centrato sull'autoresponsabilità dell'impresa e non affidato soltanto all'intervento dei controlli pubblici»⁽¹¹⁾, si tratta ora di approfondirne i nessi con il nostro sistema sanzionatorio.

3. La cooperazione tra pubblico e privato e la responsabilità penale degli operatori alimentari.

Diversamente dalla legislazione europea — che, ai sensi dell'art. 17 Reg. CE n. 178 del 2002, richiede agli Stati membri di sanzionare l'inadempimento degli obblighi di cooperazione in modo effettivo, proporzionato e dissuasivo —, la disciplina penalistica italiana posta a tutela della salute pubblica, contenuta nei delitti di comune pericolo mediante frode di cui agli artt. 439 ss. del codice penale del 1930 e nelle contravvenzioni previste dalla L. n. 283 del 1962, non conferisce rilievo autonomo alla violazione delle procedure di autocontrollo e ai doveri organizzativi gravanti sulle imprese alimentari. Si tratta d'altronde di disposizioni formulate in un'epoca in cui l'immissione sul mercato e l'utilizzo nel processo produttivo di alimenti nocivi ovvero inadatti al consumo umano esaurivano agli occhi del legislatore lo spettro delle condotte meritevoli di sanzione penale, sicché il fulcro di siffatte incriminazioni è stato incentrato sulla pericolosità dell'oggetto materiale — e cioè sugli alimenti —, ravvisandosi nella condotta dell'operatore che non pone in sicurezza il proprio processo produttivo un disvalore meramente strumentale.

Nonostante ciò i due sistemi normativi delineati non sono privi di interrelazioni, come emerge chiaramente sul piano della responsabilità colposa, ove i numerosi obblighi cooperativi e le regole cautelari contenuti

⁽¹⁰⁾ Sull'origine del metodo HACCP (*Hazard Analysis and Critical Control Point*), sviluppato sul finire degli anni cinquanta dalla *Pillsbury Company* di Minneapolis per conto della *National Aeronautics and Space Administration* (c.d. NASA), che aveva commissionato la progettazione di un sistema idoneo a garantire la fornitura di alimenti privi di qualsiasi rischio, da destinare all'alimentazione degli astronauti durante le missioni spaziali, J. ROSS NAZZAL, *From farm to fork: how space food standards impacted the food industry and changed food safety standards*, in *Societal impact of spaceflight*, a cura di S. DICK, R. LAUNIUS, Nasa, Washington DC, 2007, p. 219 ss.

⁽¹¹⁾ F. ALBISINNI, *Sicurezze e controlli: chi garantisce cosa?*, in *Riv. dir. alim.*, 4-2011, p. 5.

nella legislazione europea integrano con funzione tipizzante le fattispecie poste a tutela della salute pubblica⁽¹²⁾. Cerchiamo dunque di approfondire questo aspetto, esaminando i pregi e gli inconvenienti connessi a siffatta integrazione.

Anzitutto, per l'elevata analiticità che contraddistingue le disposizioni comunitarie aventi funzione cautelare, si potrebbero ritenere superati nel settore in esame i problemi di determinatezza e di tassatività che tradizionalmente concernono la tipicità colposa. Si pensi, ad esempio, alle norme contenute nell'allegato III del Reg. CE n. 853 del 2004 sull'igiene degli alimenti di origine animale, che dettano specifiche cautele da osservare nel trasporto degli animali vivi, nella macellazione, nel magazzinaggio, nella produzione della carne ecc.; oppure al Reg. CE n. 2073 del 2005, che fissa precisi requisiti concernenti il campionamento e l'analisi dei prodotti alimentari, tra cui il numero di unità che devono comporre il singolo campione, i metodi di analisi e persino i criteri di interpretazione dei risultati delle prove. Né si trascuri il contributo, sotto il profilo della determinatezza, che viene dall'attività regolativa, sia pubblica che privata, indotta dalla normativa ordinaria: è il caso per un verso dei manuali di corretta prassi igienica emanati dal Ministero della salute in attuazione degli artt. 7 ss. del Reg. CE n. 852 del 2004⁽¹³⁾; per altro verso degli stessi piani di autocontrollo adottati dalle imprese alimentari, ove sono raccolte specifiche norme autoprodotte che concretizzano i precetti cautelari di matrice pubblicistica⁽¹⁴⁾. A riprova di ciò, proprio nelle sentenze successive al citato processo di europeizzazione del diritto alimentare sono divenuti assai fre-

⁽¹²⁾ La funzione integratrice delle regole cautelari rispetto al tipo colposo, frutto di una più moderna concezione normativa della colpa tesa a raffigurare la norma prudenziale anzitutto come una regola di condotta riconoscibile *ex ante* dal cittadino, risulta ormai assodata nella nostra dottrina: per tutti, D. CASTRINUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 136 ss.; F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 86 ss.

⁽¹³⁾ Si tratta di manuali che descrivono analiticamente, ciascuno con riferimento a un diverso settore produttivo o distributivo, tanto le molteplici situazioni di pericolo suscettive di verificarsi, quanto le azioni funzionali alla relativa prevenzione o neutralizzazione. Tali manuali sono consultabili al seguente indirizzo web: http://www.salute.gov.it/portale/temi/p2_6.jsp?lingua=italiano&id=1187&area=sicurezzaAlimentare&menu=igiene.

⁽¹⁴⁾ Osserva A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., p. 461, come «l'intrecciarsi di fonti pubblicistiche e privatistiche nella determinazione degli standard di sicurezza si riverbera direttamente sul piano penale, assumendo valore tipizzante nel reato colposo»; analogamente D. CASTRINUOVO, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 329 s., che rileva come in questi casi «il produttore delle regole preventive [...] tende, almeno in parte, a coincidere con il destinatario dei doveri preventivi: ossia, coloro che esercitano le attività di produzione e di-

quenti i richiami a precise disposizioni prudenziali contenute negli atti sovranazionali, nelle linee guida ministeriali ovvero nei piani di autocontrollo aziendale per fondare il rimprovero a titolo di colpa del soggetto agente⁽¹⁵⁾.

Se il quadro delineato restituisce dunque l'immagine di un settore estremamente regolamentato, ove la presenza di norme scritte risponde all'esigenza tanto di aggiornare le prassi prudenziali alle più avanzate acquisizioni scientifiche, quanto di imporre parametri di comportamento uniformi a tutti gli operatori, delicati problemi però derivano da tale processo di positivizzazione.

Da un lato, occorre considerare come la moltiplicazione delle regole di cautela può rivelarsi controproducente rispetto all'accessibilità delle fattispecie incriminatrici: in presenza di un eccesso di regolamentazione e di fonti di produzione, la proliferazione di norme scritte — ancorché estremamente analitiche — reca infatti con sé il rischio, laddove queste ultime non siano agevolmente individuabili dai destinatari, di incidere negativamente sulla conoscibilità del precetto penale. Ciò trova conferma proprio nella legislazione alimentare, ove assai numerosi sono sia gli atti che disciplinano i requisiti di igiene e le modalità di organizzazione del processo produttivo, sia i soggetti deputati alla produzione delle norme⁽¹⁶⁾. Di qui l'opportunità di riflettere, sull'esempio di quanto avvenuto in altri Stati europei, sull'introduzione di un codice della sicurezza alimentare che, raccogliendo sistematicamente o richiamando (nel caso delle disposizioni sovranazionali) le

sistribuzione dei prodotti. Ciò può contribuire a sdrammatizzare, almeno con riferimento alla responsabilità colposa del produttore, i problemi di legalità e di colpevolezza».

⁽¹⁵⁾ Vd. ad es. Cass., sez. III, 3 luglio 2019, n. 36693; Id., sez. III, 29 settembre 2017, n. 56080; Id., sez. III, 23 novembre 2016, n. 19596; Id., sez. III, 10 settembre 2015, n. 44335. Nelle sentenze più risalenti la responsabilità dell'operatore alimentare veniva invece contestata soprattutto a titolo di colpa generica, sebbene con formule talmente ampie e indeterminate da mascherare addebiti di natura oggettiva: cfr. ad esempio Cass., sez. VI, 2 maggio 1975, n. 143, ove si è affermato che il distributore di alimenti «risponde penalmente, a titolo di colpa, per non aver fatto eseguire quei controlli e preso tutte quelle precauzioni idonee ad evitare l'immissione in commercio di un prodotto non regolamentare»; in senso analogo Id., sez. III, 22 maggio 1995, n. 10571; Id., sez. III, 20 maggio 1997, n. 5950.

⁽¹⁶⁾ Una prova emblematica della difficoltà di individuare le molteplici disposizioni prudenziali concernenti il settore alimentare si rinviene in Cass., sez. III, 4 novembre 2009, n. 49585, ove la colpa del soggetto agente è stata ravvisata nella violazione di una regola cautelare contenuta «nell'ordinamento regionale in materia di sicurezza dei prodotti di origine animale», che aveva a sua volta attuato una raccomandazione della Commissione europea diretta a imporre la ricerca nelle carni avicole del *Campylobacter*.

molteplici norme prudenziali concernenti il settore in esame, possa consentirne una più agevole individuazione.

Dall'altro lato, è noto che «l'avvento massiccio della positivizzazione» rischia di aprire la strada a imputazioni fondate sulla logica del *versari in re illicita*⁽¹⁷⁾. Pensiamo anzitutto, nel settore in esame, agli illeciti di pericolo presunto, come la contravvenzione prevista dall'art. 5 l. n. 283 del 1962, lett. *b*), che punisce la detenzione di alimenti in cattivo stato di conservazione, ossia «quelle situazioni in cui le sostanze stesse, pur potendo essere ancora perfettamente genuine e sane, si presentano mal conservate, cioè preparate o confezionate o messe in vendita senza l'osservanza di quelle prescrizioni — di leggi, di regolamenti, di atti amministrativi generali — che sono dettate a garanzia della loro buona conservazione sotto il profilo igienico-sanitario e che mirano a prevenire i pericoli della loro precoce degradazione o contaminazione o alterazione»⁽¹⁸⁾. Si tratta di ipotesi evidentemente antitetiche rispetto al paradigma del reato colposo di evento, non soltanto perché risulta qui incriminata l'azione negligente in sé, ma anche perché, essendo l'offesa presunta dal legislatore, non occorre accertare l'esistenza di un nesso tra la violazione della regola cautelare e il pericolo per la salute dei consumatori. Proprio per questa ragione fattispecie così strutturate rischiano di subire nella prassi una dilatazione del proprio ambito applicativo: donde la necessità di procedere a un'accurata selezione delle norme suscettive di integrare la fattispecie colposa, conferendo rilievo soltanto alle regole dettate per impedire che dalla situazione specificamente tipizzata dalla norma incriminatrice (nell'esempio riportato: la conservazione degli alimenti) derivi un pericolo per la salute dei consumatori⁽¹⁹⁾.

Un problema analogo si pone però anche per i reati colposi di pericolo concreto previsti dall'art. 452, comma 2, c.p. e dall'art. 5, lett. *d*), della ci-

⁽¹⁷⁾ Così G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 5; nonché G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 324.

⁽¹⁸⁾ Così S.U., 19 dicembre 2001, n. 443. Si tratta di un orientamento consolidato: da ult. Cass., sez. fer., 2 settembre 2020, n. 27541.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass., sez. III, 20 luglio 2016, n. 31035, con nota critica di F. DIAMANTI, *Stargate. "Latte non tracciato, latte mal conservato"*, in *Riv. dir. agroalimentare*, 2017, p. 125 ss., ove è stata ritenuta integrata la condotta colposa di detenzione di alimenti in cattivo stato di conservazione, punita dall'art. 5, lett. *b*), L. n. 283 del 1962, a causa della violazione da parte del soggetto agente degli obblighi di tracciabilità degli alimenti, nonostante la finalità di tali obblighi sia quella di accrescere il grado di trasparenza della filiera produttiva e di agevolare i controlli da parte delle autorità pubbliche, non di proteggere la salute dei consumatori dal deperimento delle sostanze alimentari, se è vero che anche alimenti non tracciati possono risultare perfettamente conservati.

tata l. n. 283 del 1962, che puniscono l'adulterazione, il corrompimento, il commercio o la detenzione colposa di alimenti nocivi. Lo si evince da quelle pronunce nelle quali, una volta riscontrate la contrarietà della condotta a una regola cautelare in materia di igiene alimentare e la pericolosità degli alimenti per la salute dei consumatori, si omette di indagare se quest'ultima sia effettivamente imputabile alla negligenza del soggetto agente⁽²⁰⁾: in tali ipotesi, soprattutto laddove vengono contestate le fattispecie contravvenzionali, si registra la tendenza a non eseguire alcun approfondimento sull'evitabilità del pericolo concreto, affermandosi piuttosto che spetta all'imputato provare «di aver fatto quanto era possibile per osservare la legge e che quindi nessun rimprovero possa essergli mosso neppure per negligenza o imprudenza»⁽²¹⁾.

Interpretazioni di questo tipo sono ovviamente da respingere, poiché avallano inammissibili presunzioni di colpevolezza. Se è vero che in presenza di regole cautelari scritte, soprattutto ove formulate in termini rigidi, il soggetto agente «non ha altra alternativa che quella di adeguarvisi»⁽²²⁾, ciò non esclude che la responsabilità colposa debba essere accertata in tutti i suoi elementi essenziali: in tanto la violazione della diligenza oggettiva può giustificare un addebito a titolo di colpa in quanto sussista, anche con riferimento ai reati di pericolo, uno specifico nesso tra l'agire negligente e l'offesa tipizzata dalla fattispecie incriminatrice. In altre parole, lo speciale disvalore che la legislazione europea attribuisce al *deficit* organizzativo o al-

⁽²⁰⁾ Cass., sez. III, 20 gennaio 2016, n. 12454; Id., sez. III, 4 novembre 2009, n. 49585, in *Foro it.*, 2010, p. 193 ss., con nota critica di V. PAONE, *La vendita di alimenti contaminati tra colpa ed inesigibilità della condotta*, ove per l'affermazione della colpa del soggetto agente è stata ritenuta sufficiente l'inadeguatezza del piano di autocontrollo aziendale, omettendo di accertare se il comportamento alternativo doveroso imposto dalla legge avrebbe evitato la pericolosità delle sostanze alimentari.

⁽²¹⁾ Così Cass., sez. III, 12 febbraio 2015, n. 11258, che ha confermato la condanna del direttore di un ipermercato dovuta al rinvenimento presso il bancone frigo di un campione di salsiccia fornito da soggetti terzi contaminato da salmonella, ritenendo immune da censure la tesi del Tribunale secondo cui spettava all'imputato effettuare «tutti i controlli necessari per garantire la genuinità del prodotto medesimo», in quanto quelli effettuati dovevano ritenersi «evidentemente non idonei, essendo stata rinvenuta la presenza di salmonella nel prodotto»; analogamente Id., sez. III, 28 settembre 2017, n. 51591. Contro interpretazioni di questo tipo, che mascherano addebiti di natura oggettiva, v. Id., sez. III, 19 febbraio 2015, n. 7383, ove si afferma che non è possibile desumere «l'inadeguatezza dei controlli e la conseguente colpa dell'imputato dalla semplice circostanza dell'avvenuto ritrovamento di un campione di pesce con quantità di mercurio superiore a quella consentita dalla legge. Così argomentando, [...] si finisce per far indebitamente coincidere l'elemento soggettivo con l'elemento oggettivo del reato».

⁽²²⁾ Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675.

l'inadempimento degli obblighi cooperativi di tracciabilità, di autocontrollo aziendale o di igiene dei prodotti alimentari non è sufficiente a fondare un rimprovero a titolo di colpa, giacché siffatte violazioni assumono rilevanza penale nel nostro ordinamento — come osservato in precedenza — non in modo autonomo, ma soltanto se avvinte a una delle situazioni di pericolo tipizzate dai reati contro la salute pubblica. In assenza di tali situazioni, l'omessa cooperazione dei privati con le autorità statali integra un illecito amministrativo: sicché è a questo titolo che essa deve venire sanzionata, nonostante si tratti di un sistema — come vedremo nel prosieguo — ampiamente ineffettivo.

4. La violazione degli obblighi di cooperazione e la responsabilità amministrativa degli operatori alimentari.

In seguito all'entrata in vigore del Reg. CE n. 178 del 2002 e alle nuove politiche di regolamentazione del settore alimentare ha iniziato ad avvertirsi, nel nostro ordinamento, l'esigenza di riformare il sistema sanzionatorio posto a tutela della salute pubblica. I lavori di progettazione normativa hanno preso avvio con l'elaborazione di un articolato ad opera di una commissione di studio nominata nel 2009 dal Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali — il cui mandato era limitato alla modifica dei soli delitti previsti dal codice penale (art. 439 ss. c.p.) — e sono proseguiti con la redazione di un secondo e più ampio articolato, realizzato nel 2015 dalla commissione Caselli, volto a riformare in modo sistematico la normativa sulla sicurezza alimentare, intervenendo anche sui reati di frode in commercio, sulla responsabilità delle persone giuridiche nonché sulle contravvenzioni contenute nella L. n. 283 del 1962. Presentato in Senato una prima volta il 4 febbraio 2016 con il d.d.l. S. 2231 e una seconda volta il 18 aprile 2018 con il d.d.l. S. 283, di quest'ultimo progetto normativo non è però mai cominciato neppure l'esame parlamentare⁽²³⁾. Per superare tale *impasse* nel procedimento legislativo, che attesta la difficoltà delle forze politiche di trovare un punto di equilibrio tra le esigenze di tutela della salute e le istanze del sistema economico-produttivo, il progetto Caselli è

⁽²³⁾ Per ragioni di completezza occorre riferire che in data 6 luglio 2018 è stato presentato in Senato un terzo d.d.l. di riforma degli illeciti alimentari (S. 601), il cui articolato, ad eccezione di talune marginali modifiche, risulta pressoché identico al progetto elaborato dalla Commissione Caselli nel 2015: anche di questo d.d.l. non è mai iniziato l'esame parlamentare. Sul progetto del 2015 v. M. DONINI, *Il progetto 2015 della commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 1-2016, p. 4 ss.

stato recentemente revisionato e presentato alla Camera dei deputati il 6 marzo 2020 con il disegno di legge C. 2427⁽²⁴⁾, venendo finalmente sottoposto all'esame della II Commissione giustizia in sede referente.

Uno dei principali fattori che avevano ispirato la redazione del progetto di riforma del 2009 era «l'esigenza di colmare alcuni dei significativi vuoti di tutela che segnano l'intera materia della sicurezza alimentare all'interno del nostro sistema giuridico-penale, in special modo dopo l'entrata in vigore del Reg. CE n. 178 del 2002»⁽²⁵⁾. Osservavano infatti gli estensori del progetto come fosse riscontrabile «un sostanziale ritardo da parte del legislatore italiano nella necessaria operazione di adeguamento al modello di tutela, anche penale, della sicurezza alimentare» delineato dalla normativa europea, non essendo di quest'ultima realizzato pienamente lo spirito, «che è quello di proteggere 'a tutto campo' la sicurezza alimentare mediante una serie di prescrizioni atte a garantire, in tutte le fasi della produzione, della trasformazione e della distribuzione, la conformità ai requisiti di sicurezza degli alimenti, dei mangimi, degli animali destinati alla produzione alimentare e di qualsiasi altra sostanza destinata a far parte di un alimento o di un mangime»⁽²⁶⁾.

Il sistema italiano di tutela della salute pubblica — veniva infatti affermato — risulta complessivamente inadeguato. Sul versante penalistico, i delitti di comune pericolo mediante frode (artt. 439 ss. c.p.), in quanto «necessariamente implicanti la realizzazione di macrodisastri», tipizzano forme di offesa eccessivamente prossime ai consumatori finali, con la conseguenza di essere puniti nella prassi «solo dopo il verificarsi del danno»⁽²⁷⁾, mentre le contravvenzioni previste dalla l. n. 283 del 1962, incentrate su offese più circoscritte e a carattere anticipato, sono sanzionate con pene assai esigue, prive di efficacia dissuasiva⁽²⁸⁾. Parimenti insoddisfacente è il sistema sanzionatorio amministrativo, considerato che le san-

⁽²⁴⁾ Per un primo commento al d.d.l. C. 2427 del 2020 v. D. CASTRONUOVO, *La riforma dei reati a tutela della salute pubblica e della sicurezza alimentare. Appunti sul d.d.l. 2427*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 4-2020, p. 165 ss.

⁽²⁵⁾ *Relazione illustrativa al d.d.l. sulla sicurezza alimentare*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4459; sul progetto del 2009 cfr. inoltre M. DONINI, *Il progetto di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare*, *ivi*, p. 4457 s.; L. TUMMINELLO, *Sicurezza alimentare e diritto penale: nuovi e vecchi paradigmi tra prevenzione e precauzione*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 4-2013, p. 272 ss.

⁽²⁶⁾ *Relazione illustrativa*, *cit.*, p. 4460.

⁽²⁷⁾ M. DONINI, *Il progetto di riforma*, *cit.*, p. 4459 s., che aggiunge come non appare razionale «attendere eventi giganteschi quando esistono molte situazioni prodromiche che non producono quegli eventi solo per ragioni imponderabili».

⁽²⁸⁾ *Relazione illustrativa*, *cit.*, p. 4463.

zioni pecuniarie previste dal d.lgs. n. 190 del 2006 e n. 193 del 2007 per l'inadempimento degli obblighi di tracciabilità, di ritiro dal mercato degli alimenti nocivi, di autocontrollo aziendale e per la violazione delle norme concernenti i requisiti igienico-sanitari del processo produttivo presentano «limiti edittali inidonei a svolgere una efficace funzione preventiva e repressiva»⁽²⁹⁾. Né si può sostenere — concludevano gli estensori del progetto — che «al reale aggravamento di questo quadro sanzionatorio contribuisca efficacemente la sanzione dell'interdizione dallo svolgimento dell'attività, posto che [...] essa è subordinata ad una reiterazione delle violazioni difficilissima da accertare in concreto»⁽³⁰⁾.

Nonostante queste fondate considerazioni, tese a evidenziare l'opportunità di adeguare il sistema sanzionatorio del settore alimentare ai principi e alle indicazioni contenute nella legislazione europea, i progetti di riforma sinora succedutisi hanno focalizzato la propria area d'intervento — anche a causa delle limitazioni imposte dai mandati ministeriali — prevalentemente

⁽²⁹⁾ *Relazione illustrativa*, cit., p. 4460. Si tratta per un verso degli artt. 2 e 3 d.lgs. n. 190 del 2006, che puniscono la violazione degli obblighi di tracciabilità e di ritiro degli alimenti pericolosi dal mercato con una sanzione amministrativa pecuniaria rispettivamente da settecentocinquanta a quattromilacinquecento euro e da tremila a diciottomila euro; per altro verso dell'art. 6, commi 4 ss., d.lgs. n. 193 del 2007, che per l'operatore del settore alimentare che non rispetta i requisiti in materia di igiene previsti dai Reg. CE n. 852 e n. 853 del 2004 o che non rispetta le norme in materia di autocontrollo prevede una sanzione amministrativa pecuniaria rispettivamente da duecentocinquanta a tremila euro e da mille a seimila euro. Sull'inefficacia di tali disposizioni cfr. anche le linee guida del progetto elaborato nel 2015 dalla Commissione Caselli (*Linee guida per lo schema di disegno di legge recante "Nuove norme in materia di reati agroalimentari"*, in *penalecontemporaneo.it*, 14 ottobre 2015, p. 84 s.).

⁽³⁰⁾ *Relazione illustrativa*, cit., p. 4461. Si tratta della sanzione amministrativa accessoria prevista dall'art. 3, comma 2, lett. a), d.lgs. n. 507 del 1999, ove è stabilito che l'autorità amministrativa con l'ordinanza-ingiunzione o il giudice con la sentenza di condanna nel caso previsto dall'art. 24 l. n. 689 del 1981 possa disporre, «nel caso di reiterazione specifica delle violazioni, la chiusura dello stabilimento o dell'esercizio da un minimo di cinque giorni ad un massimo di tre mesi, ovvero la sospensione fino ad un massimo di tre mesi o la revoca della licenza, dell'autorizzazione o dell'analogo provvedimento amministrativo che consente l'esercizio dell'attività». Occorre tuttavia precisare come tale sanzione accessoria può essere applicata soltanto agli illeciti depenalizzati dal citato d.lgs. n. 507 del 1999, fra i quali non rientrano le violazioni delle norme in materia di autocontrollo, di tracciabilità e di ritiro degli alimenti pericolosi. In questi ultimi casi, alle sanzioni pecuniarie può però aggiungersi il provvedimento (definito da V. PACILEO, *Il diritto degli alimenti. Profili civili, penali ed amministrativi*, Cedam, Padova, p. 487, non «sanzionatorio, ma cautelare») della chiusura dello stabilimento ai sensi dell'art. 8 d.lgs. n. 507 del 1999, che deve essere adottato ove venga riscontrata l'insussistenza dei requisiti igienico-sanitari richiesti per il rilascio dell'autorizzazione sanitaria ma «immediatamente revocato — ai sensi del comma 2 — se la situazione viene regolarizzata».

mente sulle fattispecie penalistiche, mentre poco è stato previsto per rafforzare l'efficacia degli illeciti amministrativi che presidiano gli obblighi di cooperazione dei privati con l'autorità pubblica⁽³¹⁾. Eppure, in un mercato di notevolissime dimensioni, in cui lo sviluppo della filiera alimentare e l'allargamento della rete distributiva hanno comportato una moltiplicazione delle fonti di pericolo, il rispetto degli obblighi di tracciabilità, di autocontrollo aziendale e l'osservanza delle norme igienico-sanitarie concernenti il processo produttivo rappresentano un presupposto indispensabile per la tutela della salute dei consumatori, tanto più che i controlli pubblici non dispongono dei mezzi e delle risorse necessarie per vigilare su ogni stabilimento o attività imprenditoriale.

A riprova di ciò molti Stati europei hanno introdotto sanzioni particolarmente dissuasive per la violazione di siffatti obblighi. Pensiamo anzitutto al Regno Unito⁽³²⁾, al Belgio⁽³³⁾ e al Lussemburgo⁽³⁴⁾, dove il relativo inadempimento costituisce un illecito penale punito alternativamente con la

⁽³¹⁾ L'unica eccezione è rappresentata dall'omesso ritiro degli alimenti pericolosi e dalla violazione dell'obbligo di tracciabilità, di cui viene proposta la riqualificazione rispettivamente a titolo di delitto e di contravvenzione. Limitando la nostra attenzione al recente d.d.l. C. 2427 del 2020, soltanto la prima novità può essere accolta con favore (art. 1 comma 1 lett. f) d.d.l., c. 2427, che prevede l'introduzione di un nuovo art. 440-ter nel codice penale punito con la reclusione da sei mesi a tre anni). Rispetto alla seconda soluzione, invece, è possibile nutrire serie perplessità, essendo prevista l'introduzione di un illecito punito con la sola pena dell'ammenda (da 600 a 6.000 euro) che, in virtù dei meccanismi di esenzione della pena, appare destinato a non esplicitare alcuna efficacia dissuasiva (art. 8 d.d.l. C. 2427).

⁽³²⁾ Cfr. gli artt. 4 ss. del *The General Food Regulations 2004*, che prevedono per la violazione degli obblighi di tracciabilità e di ritiro degli alimenti nocivi la reclusione fino a due anni e/o la multa, e l'art. 19 del *The Food Safety and Hygiene (England) Regulations 2013*, che sanziona con la stessa pena la violazione del dovere di autocontrollo e delle norme igienico-sanitarie previste dai regolamenti europei e richiamate dallo *Schedule 2*.

⁽³³⁾ Ai sensi del combinato disposto dell'art. 13 dell'*Arrêté royal relatif à l'autocontrôle, à la notification obligatoire et à la traçabilité dans la chaîne alimentaire* del 14 novembre 2003 e dell'art. 4 dell'*Arrêté royal organisant les contrôles effectués par l'Agence fédérale pour la Sécurité de la Chaîne alimentaire* del 22 febbraio 2001, la violazione degli obblighi di tracciabilità e di autocontrollo è punita con la reclusione da otto giorni a sei mesi e/o con la multa da duecentootto a duemila quattrocento euro.

⁽³⁴⁾ Cfr. l'art. 16, comma 2, della *loi du 28 juillet 2018 instaurant un système de contrôle et de sanctions relatif aux denrées alimentaires*, che punisce con la reclusione da otto giorni a sei mesi e/o la multa da duemila a cinquantamila euro l'operatore alimentare che viola gli artt. 17 e 18 Reg. CE n. 178 del 2002 in materia di tracciabilità degli alimenti e di ritiro dei prodotti pericolosi o che non rimuove le inadeguatezze del piano di autocontrollo riscontrate dall'autorità competente ai sensi dell'art. 54 Reg. CE n. 882 del 2004.

reclusione o la multa. In Germania il *Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch* prevede per la violazione degli obblighi di tracciabilità e di ritiro degli alimenti pericolosi una sanzione amministrativa pecuniaria fino a cinquantamila euro, estesa dal *Lebensmittelrechtliche Straf- und Bußgeldverordnung* anche all'inadempimento degli obblighi di autocontrollo qualora sia accertata la violazione delle prescrizioni igienico-sanitarie dettate dal Reg. CE n. 852 e n. 853 del 2004⁽³⁵⁾. Sanzioni analoghe a quelle tedesche sono previste dall'Austria, ove possono venire raddoppiate in caso di recidiva ovvero convertite nella reclusione fino a sei settimane in caso di insolvenza del condannato⁽³⁶⁾. Infine — e senza pretese di esaustività —, si può menzionare la legislazione portoghese, che prevede una sanzione amministrativa pecuniaria fino a quarantacinquemila euro nei confronti delle imprese organizzate in forma societaria che non abbiano adottato il piano di autocontrollo o rispettato le disposizioni dettate dai regolamenti sopraccitati⁽³⁷⁾.

È evidente, dunque, come molti sono gli Stati europei che, avendo concentrato il proprio apparato sanzionatorio anzitutto sulla violazione degli obblighi di cooperazione dei privati con l'autorità pubblica, hanno dato effettiva attuazione ai principi contenuti nella legislazione alimentare europea. Anche l'Italia si è formalmente adeguata alla normativa sovranazionale, ma — come osservato in precedenza — le sanzioni amministrative previste nel nostro ordinamento nei confronti delle medesime violazioni risultano eccessivamente modeste, al punto che ai singoli operatori può apparire conveniente trasgredire piuttosto che adempiere ai compiti preventivi imposti dalla legislazione di settore: ciò che sembra dimostrato — come vedremo nel prosieguo — dal numero assai elevato di illeciti amministrativi annualmente accertati dalle autorità competenti.

5. Il ruolo dell'autorità pubblica nell'*enforcement* della disciplina igienico-sanitaria in materia di alimenti.

Per verificare se la cooperazione tra organi pubblici e soggetti privati nel settore alimentare si traduca effettivamente nel nostro ordinamento in un incremento della protezione della salute dei consumatori risulta indi-

⁽³⁵⁾ Cfr. rispettivamente il par. 60 (4) del *Lebensmittel-, und Futtermittelgesetzbuch* del 1° settembre 2005 e il par. 2 del *Lebensmittelrechtliche Straf- und Bußgeldverordnung* del 19 giugno 2006.

⁽³⁶⁾ Cfr. il par. 90 (4) del *Gesamte Rechtsvorschrift für Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz* del 3 maggio 2017.

⁽³⁷⁾ Cfr. l'art. 6 del *decreto-lei* 12 giugno 2006, n. 113.

spensabile analizzare l'operato delle autorità di vigilanza e i dati che emergono dalla relativa attività di controllo.

Le autorità competenti a svolgere i controlli igienico-sanitari sugli alimenti nel nostro ordinamento sono, ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 193 del 2007, il Ministero della salute, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano e le aziende sanitarie locali⁽³⁸⁾. Tali controlli, la cui finalità è accertare la conformità degli stabilimenti e dei prodotti alimentari alle disposizioni dirette a prevenire i rischi per la salute dei consumatori, vengono effettuati a livello operativo — in attuazione degli obiettivi contenuti nel piano di controllo nazionale pluriennale (PCNP) elaborato dal Ministero della salute ai sensi dell'art. 109 del Reg. UE n. 625 del 2017, nonché dei criteri più specifici dettati dai piani sanitari regionali — dai dipartimenti di prevenzione delle aziende sanitarie locali e dai nuclei antisofisticazioni e sanità dei carabinieri (c.d. NAS), dipendenti funzionalmente dal Ministero della salute.

Dalle relazioni trasmesse annualmente dagli uffici ministeriali al Parlamento, in merito all'attività di vigilanza svolta dalle autorità competenti, emergono dati estremamente interessanti con riferimento sia alla distribuzione dei controlli sul territorio nazionale, sia al numero degli illeciti amministrativi contestati (sui quali torneremo nel paragrafo successivo)⁽³⁹⁾.

Sotto il primo profilo, si può constatare anzitutto una percentuale differenziata nel numero di controlli eseguiti dalle autorità locali. Se sul piano nazionale si registra nel 2019 un numero di stabilimenti ispezionati pari all'11% del totale complessivo (147.769 stabilimenti ispezionati a fronte di 1.255.243 stabilimenti registrati)⁽⁴⁰⁾, il dato disaggregato rivela un quadro

⁽³⁸⁾ È necessario dare atto che dopo la stesura della presente relazione è stato approvato il d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 27, il quale è divenuto il principale testo normativo in materia di controlli ufficiali nel settore alimentare. Quanto all'individuazione delle autorità competenti a svolgere i controlli, che — con riferimento ai profili igienico-sanitari — rimangono quelle indicate nel testo, avvertiamo che la disposizione a cui occorre ora fare riferimento è rappresentata dall'art. 2 del citato decreto.

⁽³⁹⁾ Il riferimento è alle relazioni elaborate dalla Direzione generale per l'igiene e la sicurezza degli alimenti e la nutrizione del Ministero della salute, in attuazione sia dell'art. 8, comma 5, l. 7 agosto 1986, n. 462, sia dell'art. 9 del Reg. CE n. 882 del 2004. Le relazioni sono reperibili al seguente indirizzo web: http://www.salute.gov.it/portale/documentazione/p6_2_2_1.jsp?lingua=italiano&id=2995.

⁽⁴⁰⁾ Si tratta di cifre in netto calo rispetto al passato (basti pensare che nel 2008 il numero degli stabilimenti che avevano ricevuto almeno un'ispezione ammontava a 407.128), dovute sia a una contrazione delle risorse pubbliche destinate alla vigilanza alimentare, sia — come vedremo meglio nel prosieguo — a una modifica dei criteri che orientano la pianificazione dei controlli alimentari. Come segnalato dal *Bureau Européen des Unions de Consommateurs* nel rapporto *Keeping food in check* pubblicato il 22 otto-

piuttosto disomogeneo, potendosi riscontrare regioni con una percentuale più elevata (come la Valle d'Aosta con il 66% degli stabilimenti controllati, il Molise con il 30%, la Sardegna con il 24%, la Calabria con il 23%) e altre con una percentuale decisamente inferiore (Toscana 9%, Lazio 8%, Veneto 6%, Sicilia 5%)⁽⁴¹⁾.

Le regioni in cui i controlli risultano percentualmente minori sono anche quelle in cui il numero degli stabilimenti registrati si rivela più elevato, ciò che induce a ravvisare il principale fattore di tale asimmetria nel rapporto non uniforme tra le risorse a disposizione delle autorità sanitarie locali e la platea degli stabilimenti da controllare. D'altronde, nonostante la tutela igienico-sanitaria degli alimenti rientri, ai sensi dell'art. 2 d.p.c.m. 12 gennaio 2017, tra i livelli essenziali di assistenza garantiti dallo Stato e alle aziende sanitarie locali sia inoltre riconosciuto, in base al d.lgs. 19 novembre 2008, n. 194, il potere di riscuotere determinate tariffe per coprire le spese sostenute nello svolgimento dei controlli ufficiali, il relativo apparato organizzativo dipende pur sempre dagli obiettivi strategici e dalle scelte politiche delle singole regioni⁽⁴²⁾.

Emerge così una prima criticità concernente il sistema dei controlli c.d. ufficiali nel settore alimentare: l'attribuzione delle funzioni di vigilanza a organi incardinati nelle amministrazioni regionali, comportando ciò il duplice rischio di una tutela differenziata tra i singoli contesti locali e di un'alterazione della concorrenza sul piano nazionale. Rischio che peraltro non pare suscettivo di venire 'compensato' dai controlli effettuati dalle altre autorità competenti, come i NAS dei carabinieri (di cui sono disponibili soltanto i dati aggregati a livello nazionale), a causa non soltanto del numero ridotto degli stabilimenti ispezionati (31.938 nel 2019) rispetto a

bre 2019 (https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2019-061_report_keeping_food_in_check.pdf), nell'ultimo decennio si registra nella maggior parte degli Stati europei una netta riduzione dei controlli pubblici sulla sicurezza degli alimenti, a causa soprattutto dell'insufficiente quantitativo di risorse assegnate alle autorità di vigilanza.

⁽⁴¹⁾ I dati riportati nel testo si riferiscono soltanto al 2019 ma, come può riscontrarsi dalle relazioni degli anni precedenti, la distribuzione non omogenea dei controlli sul territorio nazionale rappresenta un dato costante nel nostro ordinamento.

⁽⁴²⁾ Osserva A. PIOGGIA, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*², Giappichelli, Torino, 2017, p. 129, che la pianificazione sanitaria regionale, in seguito alla riforma del servizio sanitario nazionale operata con il d.lgs. n. 502 del 1992 e alle modifiche del titolo V della Costituzione avvenute con la riforma del 2001, «non costituisce più un'attività di mera attuazione di quanto prescritto dalla pianificazione nazionale, ma rappresenta anche lo strumento attraverso il quale l'amministrazione regionale programma una propria politica sanitaria», acquistando così «una doppia natura: quella di momento di traduzione a livello regionale dei macro-obiettivi stabiliti dallo Stato e quella di strumento per progettare strategie e politiche regionali in campo sanitario».

quello delle aziende sanitarie locali (147.769), ma anche dell'assenza, tra i criteri che ne orientano l'attività ispettiva, di finalità perequative delle asimmetrie riscontrabili a livello regionale.

Da questo punto di vista, una distribuzione più omogenea dei controlli sul territorio nazionale potrebbe realizzarsi attribuendo la titolarità e la pianificazione dell'attività di vigilanza, in linea con quanto avvenuto nella maggior parte degli altri Stati europei, a un'unica autorità amministrativa indipendente con uffici operanti a livello locale: organo che avrebbe potuto essere rappresentato dall'Agenzia nazionale per la sicurezza alimentare istituita dall'art. 2, comma 356, della legge finanziaria 24 dicembre 2007, n. 244 (per come successivamente modificato dall'art. 11 d.l. 31 dicembre 2007, n. 248), ma mai divenuta operativa a causa della mancata adozione dei necessari provvedimenti attuativi.

La riorganizzazione e l'accentramento dell'attività di vigilanza consentirebbero peraltro di superare anche le attuali problematiche connesse all'individuazione delle autorità competenti alla contestazione degli illeciti amministrativi. Mentre è indubbio che il potere di emanare l'ordinanza-ingiunzione per il pagamento delle sanzioni pecuniarie spetti alle autorità individuate dal sopracitato art. 2 d.lgs. n. 193 del 2007 (che come detto sono il Ministero della salute, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano e le aziende sanitarie locali), incertezze sorgono invece con riferimento agli organi competenti all'accertamento dell'illecito. Se in un primo momento il Ministero della salute aveva precisato, con nota n. 32156 dell'11 novembre 2009, che questi ultimi sono costituiti esclusivamente dalle aziende sanitarie locali e dai NAS dei carabinieri, il Ministero dell'interno ha successivamente affermato, con nota n. 17933 del 26 maggio 2010, che la citata disposizione non deroga al principio generale sancito dall'art. 13, comma 4, l. n. 689 del 1981, sicché devono ritenersi muniti di poteri di accertamento delle violazioni igienico-sanitarie in materia di alimenti tutti gli organi di polizia giudiziaria, compresi gli agenti della polizia municipale.

Talune regioni hanno in proposito avanzato condivisibili riserve, considerato che l'accertamento delle violazioni della legislazione alimentare richiede il possesso di particolari competenze scientifiche, soprattutto laddove occorra stabilire la correttezza delle operazioni di valutazione e di gestione del rischio effettuate dai privati nell'adempimento dei propri doveri di autocontrollo⁽⁴³⁾. Sotto questo profilo, affidare i controlli e l'attività di

⁽⁴³⁾ Cfr. il parere della regione Emilia-Romagna n. 98062 del 7 aprile 2010 avente ad oggetto la «competenza sanzionatoria della polizia municipale per le violazioni del d.lgs. n. 193 del 2007».

vigilanza a un'unica autorità nazionale per la sicurezza alimentare consentirebbe non soltanto di garantire maggiore uniformità nell'operato degli uffici locali — oggi messa in dubbio dalla molteplicità degli organi competenti —, ma anche di attribuire i poteri di accertamento degli illeciti amministrativi esclusivamente a soggetti specializzati nel settore dell'igiene e della sicurezza alimentare.

5.1. *I dati relativi agli illeciti amministrativi.*

Veniamo ora ai dati concernenti l'andamento degli illeciti amministrativi inerenti alla violazione delle norme sull'autocontrollo, sul ritiro dei prodotti pericolosi, sulla tracciabilità degli alimenti e sui requisiti igienico-sanitari concernenti la fase della produzione, della trasformazione e della distribuzione previsti dagli artt. 2 ss. d.lgs. n. 190 del 2006 e dall'art. 6 d.lgs. n. 193 del 2007.

Come emerge dalle citate relazioni annuali del Ministero della salute, nel nostro ordinamento può riscontrarsi un tasso di infrazione di siffatte disposizioni particolarmente elevato: combinando i dati forniti dai dipartimenti di prevenzione delle aziende sanitarie locali e dai NAS dei carabinieri si registrano 27.907 sanzioni amministrative irrogate nel 2019, 25.814 nel 2018 e 23.293 nel 2017. Si tratta di numeri indubbiamente consistenti, che paiono pienamente confermare la ridotta efficacia dissuasiva degli illeciti alimentari, dimostrando come le relative sanzioni pecuniarie siano concepite dagli operatori del settore più come voci passive da iscrivere al bilancio, che come fattori in grado di orientare la propria condotta. D'altronde, esaminando i dati forniti dai NAS dei carabinieri, emerge che il valore complessivo delle 18.730 sanzioni amministrative contestate nel 2019 è risultato pari a 18.228.000 euro: in media, 973 euro per ciascun soggetto sanzionato.

Per una migliore comprensione del fenomeno, nonché per valutarne le interrelazioni con l'attività degli organi di controllo, appare però necessario allargare la prospettiva adottata ed esaminare l'andamento degli illeciti accertati entro un orizzonte temporale più ampio.

Se nel triennio poc'anzi indicato il tasso di commissione degli illeciti amministrativi nel settore alimentare risulta infatti in leggero aumento, va comunque dato atto che esso si rivela notevolmente inferiore rispetto agli anni precedenti, ove si attestava su cifre più che doppie e pari a 68.905 nel 2016, 76.181 nel 2015, 83.971 nel 2014. Per comprendere le ragioni di tale drastica diminuzione un importante ausilio è offerto dalle «Linee guida per il controllo ufficiale ai sensi dei Regolamenti (CE) 882/2004 e 854/2004» approvate dalla conferenza permanente tra lo Stato, le regioni

e le province autonome il 10 novembre 2016, con le quali sono stati ridefiniti i criteri per lo svolgimento dell'attività di vigilanza nel settore alimentare. Come emerge dai capitoli 10 ss. di tale documento, la pianificazione dei controlli da parte delle autorità competenti deve ora avvenire, in attuazione dei principi e delle norme contenute nel Reg. CE n. 882 del 2004 sui controlli ufficiali⁽⁴⁴⁾, dando prevalenza al criterio della valutazione del rischio, cioè determinando la frequenza dei controlli anzitutto sulla base del grado di pericolosità associato al tipo di attività svolta e agli alimenti prodotti o commerciati dal singolo stabilimento. Sul piano pratico, ciò comporta che, tenendo conto dei parametri e delle frequenze minime fissate tanto sul piano normativo, quanto nelle citate linee guida e nei piani elaborati a livello nazionale e regionale, ogni azienda sanitaria locale deve operare una classificazione degli stabilimenti attivi sul proprio territorio «in base ad una categorizzazione del rischio»⁽⁴⁵⁾ e, a questa stregua, procedere all'esecuzione dei controlli.

Ora, in seguito all'approvazione delle linee guida menzionate, è possibile riscontrare — sulla base dei dati forniti dal Ministero della salute — una netta riduzione della platea degli stabilimenti controllati, a fronte però di un numero di ispezioni annuali rimasto costante. Limitando la nostra attenzione ai dati forniti dai dipartimenti di prevenzione delle aziende sanitarie locali (gli unici che consentono analisi di questo tipo), occorre infatti notare come gli stabilimenti che hanno ricevuto almeno un'ispezione nel 2016 sono stati 279.897, per poi diminuire a 176.217 nel 2017, a 144.916 nel 2018 e a 147.769 nel 2019; nello stesso intervallo temporale, il numero dei controlli effettuati ha invece continuato ad attestarsi oltre le 415.000 unità annue.

Incrociando questi dati con le indicazioni fornite dalle sopracitate linee guida appare evidente come a partire dal 2016 vi sia stato un mutamento sia quantitativo che qualitativo nell'attività di vigilanza: per gli stabilimenti considerati più a rischio si è proceduto infatti a moltiplicare le ispezioni annue, mentre per gli stabilimenti caratterizzati da un rischio meno elevato la frequenza minima dei controlli è stata dilazionata su un orizzonte temporale più ampio rispetto a un denominatore annuale. Non resta a questo punto che verificare gli effetti dei mutamenti riportati sul piano della prevenzione generale.

⁽⁴⁴⁾ Ora sostituito dal Reg. CE n. 625 del 2017, il cui art. 9 conferma il principio secondo cui i controlli ufficiali svolti dalle autorità nazionali debbono essere improntati a un approccio c.d. *risk-based*.

⁽⁴⁵⁾ *Linee guida per il controllo ufficiale ai sensi dei Regolamenti (CE) 882/2004 e 854/2004*, p. 24.

Riprendendo in mano il dato concernente il numero di illeciti amministrativi accertati dal 2017 in avanti — cioè dall'anno successivo all'entrata in vigore delle nuove linee guida in materia di controllo ufficiale —, si può notare come la relativa diminuzione sia stata proporzionalmente più ampia rispetto alla riduzione del numero dei soggetti controllati. Si tratta di un aspetto importante, poiché mentre nel 2014, nel 2015 e nel 2016 la percentuale degli illeciti amministrativi scoperti è stata pari rispettivamente al 23,14%, al 20,76% e al 19,15% del numero degli stabilimenti ispezionati, nel 2017, nel 2018 e nel 2019 essa si è assestata su cifre considerevolmente più basse, pari rispettivamente al 4,45%, al 5,02% e al 6% del medesimo parametro di riferimento. In altre parole, il rapporto tra stabilimenti controllati e illeciti amministrativi non è rimasto costante, ma alla diminuzione dei primi è seguita una riduzione più che proporzionale dei secondi.

Una spiegazione plausibile di questo fenomeno può essere rinvenuta proprio nell'anzidetto mutamento qualitativo dell'attività di vigilanza, cioè nel riscontrato incremento del numero di ispezioni annue nei confronti degli stabilimenti considerati più a rischio, e dunque nell'aumento della probabilità — sebbene soltanto per gli stabilimenti che dal 2016 in avanti hanno iniziato a essere controllati con maggiore frequenza — di ricevere una sanzione amministrativa: una dimostrazione empirica, dunque, di come l'effettività delle sanzioni e degli apparati influisca positivamente sull'effettività delle norme⁽⁴⁶⁾. Vero ciò, rimangono tre ultime considerazioni da fare.

Anzitutto, sarebbe interessante verificare se sussistono interrelazioni statisticamente significative tra il riscontrato aumento dei controlli degli stabilimenti connotati da rischi più elevati e il tasso di commissione degli illeciti penali. Non disponendo di un dato aggregato a livello nazionale, questa valutazione non risulta al momento praticabile: può notarsi, però, come nel biennio 2018-2019 il numero delle notizie di reato segnalate dalle aziende sanitarie locali all'autorità giudiziaria (rispettivamente 569 e 509) risulta pressoché dimezzato rispetto agli anni precedenti (1477 nel 2017; 1032 nel 2016; 1020 nel 2015; 1115 nel 2014). Ciò induce a ipotizzare che il rafforzamento qualitativo dell'attività di vigilanza abbia comportato una riduzione anche del numero di illeciti penali, sebbene esclusivamente con riferimento ai soggetti maggiormente controllati.

In secondo luogo, nonostante l'andamento decrescente riscontrato, non può trascurarsi come il numero degli illeciti amministrativi accertati

⁽⁴⁶⁾ Sul punto rinviamo alle fondamentali considerazioni di C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, p. 1026 s.

nel settore della sicurezza alimentare permanga comunque elevato in termini assoluti, così dimostrando come l'effettività delle sanzioni possa compensare soltanto in parte l'ineffettività di norme dotate di scarsa efficacia dissuasiva, quali gli illeciti alimentari previsti dal d.lgs. n. 190 del 2006 e n. 193 del 2007. Sotto questo profilo, finché l'entità delle sanzioni pecuniarie minacciate sarà inferiore ai costi economici da sostenere per adempiere agli obblighi di cooperazione gravanti sui privati (si pensi agli oneri inerenti all'implementazione del piano di autocontrollo), appare ovvio che il tasso di devianza risulterà elevato: i costi e le sanzioni saranno percepiti dagli operatori del settore come prestazioni fungibili e alternative, l'una però certa e l'altra solo eventuale.

Infine, se è vero che il numero degli illeciti amministrativi accertati registra una tendenza decrescente, è pur vero che risulta pressappoco dimezzata, a partire dal 2017, la platea degli stabilimenti annualmente ispezionati e che tale numero corrisponde mediamente — come visto in precedenza — soltanto all'11% degli stabilimenti operativi nel territorio nazionale. Considerando che fino al 2016 il numero delle sanzioni applicate risultava nettamente più ampio, e che tali illeciti vengono prevalentemente scoperti attraverso l'attività ispettiva degli organi di vigilanza, è verosimile che nel settore in esame sussista una cifra oscura particolarmente elevata.

6. Conclusioni.

All'esito dell'indagine svolta è possibile ritenere che la cooperazione tra organi pubblici e soggetti privati nel settore alimentare non abbia sinora raggiunto nel nostro ordinamento l'obiettivo di rafforzare la tutela della salute dei consumatori. Sul versante 'pubblico' troppo eterogenea è infatti la distribuzione dei controlli sul territorio nazionale ed eccessivamente ridotto è il numero di stabilimenti annualmente ispezionati; sul versante 'privato' si riscontra invece la tendenza piuttosto generalizzata alla violazione degli obblighi cooperativi. Insorge pertanto l'idea che, prima di intervenire sulle fattispecie penalistiche, la riforma degli illeciti alimentari dovrebbe consistere anzitutto in un'ampia riorganizzazione dell'apparato pubblico di vigilanza e in una profonda revisione del sistema sanzionatorio amministrativo, incrementando e accentrando i controlli c.d. ufficiali e prevedendo sanzioni, tanto pecuniarie quanto interdittive, maggiormente dissuasive. Ciò consentirebbe da un lato di assicurare una prevenzione più efficace dei pericoli per la salute dei consumatori, favorendo allo stesso tempo l'*extrema ratio* del ricorso allo strumento penalistico; dall'altro lato di evitare che, per la natura globalizzata del mercato alimentare, le attività

criminali a carattere transnazionale possano concentrarsi nell'ordinamento italiano in quanto ritenuto più permissivo.

Bibliografia

- ALBISINNI Ferdinando, *Sicurezze e controlli: chi garantisce cosa?*, in *Riv. dir. alim.*, 4-2011, pp. 1-25.
- ALEMANNI Alberto, *Food Safety and The Single European Market*, in *What's Beef: The Contested Governance of European Food Safety Regulation*, a cura di C. ANSELL, D. VOGEL, MIT Press Ltd, Cambridge, 2006.
- CASTRONUOVO Donato, *Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 301-340.
- ID., *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009.
- ID., *La riforma dei reati a tutela della salute pubblica e della sicurezza alimentare. Appunti sul d.d.l. 2427*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 4-2020, pp. 165-183.
- COSTATO Luigi, BOLOGNINI Silvia, *Note introduttive*, in *La sicurezza alimentare nell'Unione europea. Commentario a cura dell'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, pp. 114-130.
- DIAMANTI Francesco, *Stargate. "Latte non tracciato, latte mal conservato"*, in *Riv. dir. agroalimentare*, 2017, pp. 125-152.
- DONINI Massimo, *Il progetto di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 4457-4480.
- ID., *Il progetto 2015 della commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 1-2016, pp. 4-30.
- FORTI Gabrio, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990.
- GABBI Simone, *L'autorità europea per la sicurezza alimentare. Genesi, aspetti problematici e prospettive di riforma*, Giuffrè, Milano, 2009.
- GARGANI Alberto, *Reati contro l'incolumità pubblica. Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2013.
- GENESIN Maria Pia, *Obblighi di sicurezza, principio di precauzione e responsabilità dell'operatore del settore alimentare alla luce dei più recenti orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, pp. 317-335.
- GIUNTA Fausto, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 86-115.
- GNES Matteo, *Alimenti*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, diretto da M. Chiti, G. Greco, Giuffrè, Milano, 2007, I.
- MACMAOLÁIN Caoimhí'n, *Food law: European, domestic and international frameworks*, Hart Publishing Ltd, Oxford, 2015.
- MARINUCCI Giorgio, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè, Milano, 1965.
- MATTERA RICIGLIANO Alfonso, *La sentenza Cassis de Dijon: un nuovo indirizzo programmatico per la realizzazione definitiva del mercato comune*, in *Dir. comunit. sc. internaz.*, 1981, pp. 273-286.
- PACILEO Vincenzo, *Il diritto degli alimenti. Profili civili, penali ed amministrativi*, Cedam, Padova, 2003.
- PALIERO Carlo Enrico, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, pp. 1021-1046.

- PAONE Vincenzo, *La vendita di alimenti contaminati tra colpa ed inseguibilità della condotta*, in *Foro it.*, 2010, pp. 195-196.
- PIOGGIA Alessandra, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*², Giappichelli, Torino, 2017.
- ROSS NAZZAL Jennifer, *From farm to fork: how space food standards impacted the food industry and changed food safety standards*, in *Societal impact of space-flight*, a cura di S. DICK, R. LAUNIUS, Nasa, Washington DC, 2007.
- SIMONATO Michele, *The EU Dimension of 'Food Criminal Law'*, in *Food Regulation and Criminal Justice (International Colloquium Section II of the AIDP XXth World Congress, Beijing, China, 23rd-26th September 2016)*, a cura di A. NIETO MARTÍN, L. QUACKELBEEN, M. SIMONATO, in *Rev. int. dr. pen.*, 2-2016, pp. 97-129.
- SIRSI Eleonora, art. 18, in *La sicurezza alimentare nell'Unione europea. Commentario a cura dell'Istituto di diritto agrario internazionale e comparato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2003, pp. 265-277.
- STRINO Enrico, *Effetti prevedibili della tracciabilità di filiera sul mercato locale, nazionale e internazionale dei prodotti agroalimentari*, in *Atti dell'accademia dei Georgofili*, 2000, pp. 235-243.
- TUMMINELLO Luca, *Sicurezza alimentare e diritto penale: nuovi e vecchi paradigmi tra prevenzione e precauzione*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 4-2013, pp. 272-310.

MARTINA GALLI

**“CATTIVE” PRASSI E LIMITI
DELL’INTERVENTO PENALE:
SERBATOI GPL, CONCESSIONI DEMANIALI
MARITTIME E TASSA DI SOGGIORNO**

SOMMARIO: 1. Introduzione. “Essere” e “dover essere” nel diritto penale. — 2. Prassi “sciate” e responsabilità colposa. — 2.1. Il caso delle verifiche periodiche sui serbatoi GPL interrati. — 3. Cattive prassi oltre la responsabilità colposa: il caso delle concessioni demaniali marittime. — 4. Uno sguardo d’insieme: i *limiti* dell’intervento penale davanti alle prassi. — 5. Dalle cattive prassi al “comune andazzo”: il caso della tassa di soggiorno e l’attivazione dei limiti dell’intervento penale.

1. Introduzione. “Essere” e “dover essere” nel diritto penale.

Il tema che ci occupa è quello della rilevanza delle *prassi* per il diritto penale; non tanto delle prassi *buone*, bensì di quelle *cattive* e, in senso lato, *abusiva*. L’interrogativo di fondo può essere dunque così formulato: qual è lo spazio d’intervento penale di fronte al comportamento antidoveroso che si fa *prassi*, che cioè, per quanto contrario a norme sanzionate penalisticamente, diviene espressione di una *normalità* che prende a minacciare la dimensione della *normatività*? In altri termini: come reagisce il diritto penale quando le aspettative normativamente imposte sono regolarmente disattese, ossia quando la *regolarità deontica* si trova puntualmente scalzata da una *regolarità fattuale* statisticamente rilevante ⁽¹⁾?

Per affrontare l’interrogativo ci rivolgeremo in particolare a certe prassi nate all’interno di tipiche forme d’interazione tra attività dei privati

⁽¹⁾ Stiamo qui echeggiando la terminologia geigeriana, che distingue tra due tipi di regolarità (normalità): la *regolarità deontica* (*Regelmäßigkeit*) e la *regolarità adeontica* (*Regelhaftigkeit*). Cfr. T. GEIGER, *Studi preliminari di sociologia del diritto*, Mimesis, Milano-Udine, 2018, p. 135 s.; inoltre, A. FEBBRAJO, *Materiali di sociologia del diritto di Theodor Geiger*, Edizioni universitarie Gjes, Pavia, 1979; C.E. PALIERO, *L’indifferenza costruttiva. Il contributo della sociologia di Theodor Geiger a teoria e prassi del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 705 s.

ed esercizio del potere pubblico⁽²⁾; ove quest'ultimo è riguardato non secondo una prospettiva monoblocco, bensì nelle varie articolazioni funzionali che concorrono a determinare le regole d'azione dei cittadini. Lo faremo ricostruendo alcune vicende dominate da un certo "modo di fare", francamente riprensibile, che ci hanno portato a osservare come la prassi fosse, nonostante la sua "sciatteria", capace di mettere in crisi la pretesa penalistica. Non siamo in grado di dire se il plesso del pubblico-privato sia l'ambito tipico di rilevanza di cattive prassi per il diritto penale, ma — a consuntivo — ci sentiamo di affermare che tale rilevanza può dipendere da alcuni fattori che ivi entrano in gioco. Di certo, le ragioni del cedimento del *dover essere* penalistico alla prassi, ancorché cattiva, non sono legate a doppio nodo a tale plesso, pur continuando esso ad offrire una visuale privilegiata della scalfittura "effettuale" della pretesa penale.

Ora, tradizionale premessa del diritto penale è l'impermeabilità della dimensione del *dover essere*⁽³⁾ rispetto a quella dell'*essere*. Da qui, l'irrilevanza — a differenza di altri settori dell'ordinamento⁽⁴⁾ — dei c.d. fatti normativi: della *consuetudine* e della *desuetudine*⁽⁵⁾, nonché, appunto, della *prassi*, da intendersi come la *ripetizione tacita, costante e uniforme di un determinato modo di agire in un certo ambiente sociale*⁽⁶⁾. L'assunto non è

(2) Solitamente tali dinamiche d'interazione sono indagate nella forma della "buona" cooperazione pubblico-privato, quale piattaforma operativa di una regolazione multilivello pensata per la migliore gestione dei rischi sociali e il più proficuo orientamento dei consociati. Qui, invece, a emergere saranno dinamiche d'interazione che, operando in senso deterioro, danno luogo a un "comune modo di fare" ora in grado delegittimare quella piattaforma, ora di mettere in crisi i meccanismi d'intervento penale che dovrebbero attivarsi in caso di suo fallimento.

(3) Con «*dover essere*» ci riferiamo a quello "stato deontico" che sorge dalla posizione legale di regole (nel caso, penalmente sanzionate) in capo ai soggetti che ne sono destinatari. Per un approfondimento dei significati che il sintagma assume nella riflessione giusfilosofica, A. BARATTA, «*Essere*» e «*dover essere*» nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto, Giuffrè, Milano, 1968, p. 19 s.

(4) Si pensi, ad es., al diritto internazionale (ove le *consuetudini* rivestono un ruolo di primaria importanza tra le fonti degli obblighi degli Stati), al diritto civile (ove ampio spazio è riconosciuto agli usi, siano essi normativi, contrattuali o interpretativi), nonché al diritto canonico (v. can. 27, § 1, che riconosce efficacia abrogatrice o derogatoria anche alla consuetudine *contra legem*).

(5) Il problema della rilevanza della *desuetudine* si affaccia con riguardo all'efficacia abrogatrice di imperativi penali in via giurisprudenziale, segnatamente attraverso l'inattività della magistratura nel procedere contro alcuni reati e nell'applicare la sanzione agli autori dei medesimi, su cui G. BETTIOL, *L'efficacia della consuetudine nel diritto penale*, in *Scritti giuridici*, I, Cedam, Padova, 1966, p. 82-83.

(6) La definizione è ripresa da F. MODUGNO, voce *Validità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, XLVI, 1993, p. 1.

certo privo di fondamento, specie se opportunamente collocato nella tematica delle fonti e stagiato alla luce dei principi che governano i requisiti di forma e contenuto delle norme incriminatrici e le modalità della loro produzione. Su questo piano, la supremazia del *dover essere* e della *formalità* nella materia penalistica ha le sue note e imprescindibili ragioni, in quei principi (in specie nella riserva di legge) cristallizzate⁽⁷⁾. Ma la solidità di quelle ragioni non vale a coprire la fragilità dell'assunto.

Tale fragilità emerge non solo perché l'assunto tralascia di considerare le dinamiche sociali che conducono alla *traduzione positiva* dei precetti penalistici⁽⁸⁾, ma altresì perché non si confronta con i limiti intrinseci al monopolio del *dover essere* formale, incarnato dal dispositivo della legge e delle altre fonti cui essa rinvia. La dottrina non ha mancato di confrontarsi con quei limiti. Il più evidente è di ordine logico. In proposito si è notato come, poiché la riserva di legge ricopre soltanto gli aspetti *essenziali* dell'incriminazione, non si può escludere che sia la consuetudine (e, con essa, le prassi) a definire gli elementi *marginali* della fattispecie, in presenza di un richiamo legislativo esplicito o anche implicito⁽⁹⁾. Il problema si pone, allora, quando l'integrazione riguardi aspetti dell'incriminazione tutt'altro che marginali, come accade ove si tratti di individuare il parametro della diligenza dovuta nell'ambito colpa. Non è un caso che il dibattito sulla rilevanza delle prassi per il diritto penale, quale tipico campo di tensione tra *essere* e *dover essere*, abbia trovato uno spazio privilegiato all'interno della teorica sulla responsabilità colposa; dibattito che s'alimenta nell'attualità, a fronte di una crescente complessità dei rischi da gestire e degli attori chiamati a farlo. Tuttavia, preme sottolineare che il fenomeno della rilevanza delle prassi non riguarda solo questo ambito, né da esso le nostre riflessioni devono intendersi assorbite.

Altri limiti si riscontrano sul piano empirico-sostanziale. Essi appaiono anzitutto legati al *deficit* di conoscenza tecnico-esperienziale su fenomeni, tipici della modernità, che pure si pretende di regolare penalisticamente: si pensi alle "prassi ammesse sul mercato"⁽¹⁰⁾, per non parlare del richiamo alle "buone pratiche" nella responsabilità medica⁽¹¹⁾ e, in generale, alle

(7) G. MARINUCCI, voce *Consuetudine (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, IX, 1961, p. 502 s.

(8) Cfr. ancora T. GEIGER, *Studi preliminari*, cit., p. 165 s. V. inoltre, C.E. PALIERO, *L'indifferenza costruttiva*, cit., pp. 754-755.

(9) G. MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 507.

(10) F. CONSULICH, *Ex facto oritur ius criminale? Le prassi di mercato ammesse, tra crisi della legge e legalità della giustificazione*, in *Riv. soc.*, 2-3, 2011, p. 281 s.

(11) Sull'*ineludibile* riferimento alle buone prassi nell'ambito della responsabilità medica (oggi legislativamente riconosciuto), in particolare nei casi di emersione di una situazione di rischio (*Anlaß*) diversa rispetto a quella che funge da premessa di cautele po-

best practices nella materia della responsabilità colposa. Altri limiti, forse più tradizionali, derivano dall'incapacità della previsione legale di cristallizzare situazioni «il cui contrassegno è la mutevolezza, il continuo cangiarsi nel tempo e nello spazio»⁽¹²⁾ o comunque caratterizzate da una dimensione di complessità tale da renderne impossibile la sintesi normativa, se non attraverso formule ampie ed elastiche (es. buono e cattivo costume, decoro, onore, reputazione etc.), che chiamano l'interprete a confrontarsi con i modi di vedere e di sentire radicati nell'uso. Che poi si preferisca qualificare il fenomeno come una forma di adattamento ermeneutico del senso della norma alla realtà sociale, piuttosto che come vero e proprio fenomeno di integrazione normativa, in questa sede poco importa: rimane il fatto che il *dover essere* penalistico si definisce e completa tramite un richiamo all'*essere*.

Fin qui, comunque, niente di scandaloso: per tali vie, il richiamo alle prassi si rende necessario in ragione dei *limiti* intrinseci all'opera del fissare previamente e generalmente i contorni dell'illecito, sempre nel rispetto di canoni fissati normativamente e in base alla verifica della “bontà” di quanto s'impone in via di prassi. La cedevolezza del sistema è programmata; il tutto avviene, in qualche modo, *secundum legem*. Tuttavia, non sempre lo schema è rispettato. Siamo invero circondati da cattive prassi (*cattive* perché contrarie agli obiettivi di tutela) che si affermano a discapito della pretesa penalistica; e non è raro che, fuori da ogni programmazione normativa e anzi contrariamente ad essa, tale pretesa sia costretta a confrontarsi — per cedere, ridisegnarsi o vedersi integrata — con la *fattualità*, specie quando le prassi assommino al carattere della diffusività una propulsione dall'alto, per opera degli organismi pubblici incaricati di incanalare nel senso imposto dalla legge.

2. Prassi “sciatte” e responsabilità colposa.

Dicevamo che il dibattito sulla rilevanza delle *prassi* per il diritto penale (e segnatamente di quelle “sciatte”) ha trovato un terreno fertile di sviluppo all'interno degli studi sulla responsabilità colposa. Poiché la riflessione sul tema è amplissima, ci limitiamo qui a richiamare due autorevoli voci della dottrina italiana, espressione di due visioni divergenti.

sitivizzate nelle linee guida, D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica*, in *Criminalia*, 2018, p. 705 s., in part. p. 732.

⁽¹²⁾ G. MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 511.

Anzitutto, quella di Giorgio Marinucci, la cui impostazione normativo-deontica riserva una certa avversione alle prassi quale parametro da cui far discendere il giudizio di colpa. Egli ci avverte di come non di rado le cautele osservate nell'esperienza si mostrino del tutto «inadatte a fronteggiare le esigenze prudenziali richieste dalla concretezza delle svariate attività»⁽¹³⁾, notando, con Hellmut Mayer, come «proprio la prassi porta con sé la maggior faciloneria». Il concetto è ribadito nell'ambito della critica alla teorica del “rischio consentito” connesso ad attività produttive. Il riferimento, tipico di quella teorica, all'*adeguatezza sociale dei comportamenti* e, con essa, alle prassi, soffrirebbe per Marinucci di una falsa impostazione: i problemi giuridici, che attengono al *dover essere*, non possono essere risolti sul piano dell'*essere*, attraverso il richiamo a mere situazioni effettuali; e questo anche perché, si sostiene, la via dell'*essere* è lastricata di prassi “sciate” o “abusive”, che rischierebbero di essere legittimate giuridicamente⁽¹⁴⁾. Se una rilevanza agli usi vuole essere accordata, non sarà mai quella propria di un «sistema di norme, che impone dall'esterno alle norme incriminatrici le sue regole»; essi, al più, potranno avere valore di “indici” o “criteri empirici” alla cui stregua avviare i giudizi di rappresentabilità ed evitabilità dell'evento, «soli e veri criteri da cui dedurre la misura della diligenza dovuta caso per caso»⁽¹⁵⁾. La timida apertura è peraltro riservata all'ambito della *colpa generica* e dunque, diremmo, a prassi *praeter legem* che indichino la misura di ciò che si *deve* fare anche alla luce di ciò che si *usa* fare perché non vi sono, in base all'esperienza, indicazioni che non si *possa* fare (stante l'assenza di una *pericolosità* intrinseca del comportamento)⁽¹⁶⁾. Il pensiero dell'Autore è invece chiaro nell'escludere che, nell'ambito della *colpa specifica*, una prassi — e figurarsi una prassi “sciatta” — possa affermarsi *contra legem*, in sostituzione di cautele positivizzate. Non si prende peraltro in considerazione il caso in cui la prassi dimostri un'efficacia preventiva superiore a cautele normativamente pre-

⁽¹³⁾ *Ivi*, p. 508.

⁽¹⁴⁾ G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, in ID., *Studi sulla colpa*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 166 s.; inoltre, ID., *Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 29 s.

⁽¹⁵⁾ G. MARINUCCI, voce *Consuetudine*, cit., p. 508.

⁽¹⁶⁾ Cfr. C. SOTIS, *Ma quando gesticolare integra un “modo scomposto”? Qualche breve osservazione sulla rilevanza delle abitudini in un curioso caso di “colpa generica”* (nota a Cass., IV, 9 febbraio 2012, n. 24933), in *Dir. pen. cont.*, 24 gennaio 2011. L'A. fa notare come la *diffusione* del gesticolare offra indicazioni sulla (scarsa) pericolosità dello stesso, così come registrabile ed avvertita nell'esperienza.

scritte⁽¹⁷⁾; ad ogni modo, non è questo il caso d'interesse, guardando noi qui a *prassi* che semmai agiscono in senso deteriore rispetto a quanto positivamente prescritto.

Diversa la posizione di Fausto Giunta, più aperto a riconoscere l'essenziale ruolo delle cautele di fonte sociale e quindi delle prassi, che egli ritiene normativamente richiamate — nel rispetto dell'art. 8 prel. — dall'art. 43 c.p., co. 3, c.p. (ove fa riferimento alla negligenza, all'imprudenza e all'imperizia)⁽¹⁸⁾. L'esperienza collettiva per questo Autore merita di essere elevata dall'ordinamento a regola cautelare prescrittiva (etero)integratrice del tipo colposo dapprima e a regola di giudizio poi, nella prospettiva di veder meglio attuato il principio di *legalità* nella *colpa*⁽¹⁹⁾. Il riferimento alle prassi cautelari avrebbe con ciò il potere di *laicizzare* la nozione di diligenza, conferendole un carattere tecnico ed escludendo che possa competere al giudice «il compito pedagogico di instillare nei cittadini, a colpi di pena, lo slancio etico verso standard più elevati»⁽²⁰⁾, con l'ulteriore vantaggio di *democraticizzare* l'imputazione colposa⁽²¹⁾. Quanto detto potrebbe tuttavia valere nei soli casi in cui difetti una regola cautelare o ove essa abbisogni di una specificazione tecnica. Inoltre, solamente ove le prassi risultino *funzionali* «al contenimento della pericolosità di determinate attività nella misura e nei modi comunemente praticati e accettati»⁽²²⁾, quindi ove si tratti di prassi “buone”. Egli si trova, dunque, in sostanziale accordo con chi⁽²³⁾ ritiene che le regole spontanee non mutuino la loro validità dal dato sociologico della ripetizione del comportamento (o da quello psicologico della credenza circa la loro doverosità), bensì esclusivamente dalla loro *congruenza allo scopo* di tutela.

⁽¹⁷⁾ Ove la regola positiva si mostra inadeguata a fronteggiare la situazione di rischio perché lo sviluppo scientifico o tecnologico l'abbia resa disfunzionale rispetto all'epoca della sua adozione (o perché le circostanze concrete rendono preferibile ricorrere a una diversa cautela), bisognerà discostarsi dalla piattaforma cautelare formalizzata: C. PIERGALLINI, voce *Colpa* (*dir. pen.*), in *Enc. Dir., Annali*, X, p. 231.

⁽¹⁸⁾ F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 98; nonché ID., *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, p. 168.

⁽¹⁹⁾ Il tema è al centro di F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa. I. La fattispecie*, Cedam, Padova, 1993, p. 173 s.

⁽²⁰⁾ F. GIUNTA, *La legalità della colpa*, cit., p. 167.

⁽²¹⁾ F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 245.

⁽²²⁾ F. GIUNTA, *La normatività della colpa penale*, cit., p. 98; ID., *La legalità della colpa*, cit., p. 165 s.

⁽²³⁾ C. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 294.

La divaricazione tra le posizioni si accentua quando la discussione si confronta con il tema dei *costi*, ponendo il problema dei rapporti che intercorrono tra il dovere di sicurezza e la sua sostenibilità economica. Alla chiusura di chi sostiene che «diligente non è ciò che viene usualmente fatto, ma ciò che si deve fare, pagando anche i costi necessari»⁽²⁴⁾, continua a contrapporsi la visione per cui l'identificazione della cautela doverosa dipende dalla sua *praticabilità*, anche economica⁽²⁵⁾. Il problema è stato per lo più studiato in riferimento a regole formalizzate a struttura elastica, che lascino margini d'ingresso a valutazioni di colpa generica⁽²⁶⁾, con particolare riferimento alla doverosità di un adeguamento possibile, ancorché molto costoso, a cautele disponibili maggiormente efficaci.

E tuttavia, come vedremo, esso può riguardare anche cautele rigide, cui vengano a contrapporsi discipline prasseologiche non necessariamente più efficaci sul piano preventivo, ma maggiormente praticabili *su larga scala* perché più sostenibili; ciò considerato l'interesse dell'ordinamento a raggiungere una sufficiente sicurezza *generalizzata*, che può contrapporsi e financo prevalere su quello a un maggior livello di sicurezza *nel caso singolo*. A quest'obiettivo possono ispirarsi in particolare prassi a propulsione pubblica che — nel tentare di governare fenomeni di illegalità diffusa — propongano soluzioni preventive *subottimali* da un punto di vista della loro *efficacia*, ma suscettibili di ampio accoglimento e perciò dotate di una maggiore *effettività*.

2.1. *Il caso delle verifiche periodiche sui serbatoi GPL interrati.*

Crediamo che la vicenda che ci apprestiamo a raccontare, ancorché poco conosciuta, esemplifichi efficacemente quanto appena detto, consen-

⁽²⁴⁾ G. MARINUCCI, *Innovazioni tecnologiche*, cit., p. 40.

⁽²⁵⁾ F. GIUNTA, *Il reato colposo nel sistema delle fonti*, in M. DONINI, R. ORLANDI, *Reato colposo e modelli di responsabilità: le forme attuali di un paradigma classico*, BUP, Bologna, 2013, p. 75 s. L'A. rinviene una soluzione di equilibrio nel riferimento alle *best practices* formatesi attraverso l'allineamento proceduralizzato di un sapere tecnico-scientifico che si confronta con lo "stato delle cose" e con i limiti del praticabile. In riferimento alle linee guida e alle buone prassi mediche, quali cautele che s'impongono a valle di un bilanciamento «tra beni di rilevanza costituzionale sui quali non mancano di influire anche esigenze di sostenibilità economica delle soluzioni disponibili», D. MICHELETTI, *La responsabilità penale del medico tra colpa generica e colpa specifica*, cit., p. 718.

⁽²⁶⁾ Sulla tendenza del sistema, condizionata dall'incertezza che pervade i rischi della società postmoderna, a rilasciare regole cautelari che si "elasticizzano" aprendo il campo alla colpa generica, C. PIERGALLINI, voce *Colpa (dir. pen.)*, cit., p. 231, nonché ID., *Colpa e attività produttive: un laboratorio di diritto "cedevole"*, in *Criminalia*, 2014, p. 400.

tendoci di percepire alcune spigolature di un fenomeno — la rilevanza delle prassi ai fini del giudizio di colpa — per il resto noto.

Chi legge avrà presenti i serbatoi GPL utilizzati per il riscaldamento domestico nelle zone non allacciate alla rete del metano⁽²⁷⁾. Tale fonte di energia, pur a fronte di numerosi vantaggi rispetto ad altri combustibili fossili, non è priva di rischi. Fuoriuscite accidentali di liquido o vapori, oltre ad essere fonte di inquinamento, espongono la persona a eventi potenzialmente dannosi per la vita e l'incolumità fisica. Al fine di prevenire questi rischi, sin dagli anni '80 (dapprima con il d.m. 29 febbraio 1988 e poi con il regolamento contenuto nel d.m. n. 329/2004) si è previsto che i proprietari⁽²⁸⁾ sottopongano i serbatoi a controlli decennali per attestare l'integrità delle membrature. Questa normativa prescrive — o meglio, prescriveva fino al luglio 2020 — che i controlli siano eseguiti con due metodiche, da applicarsi *cumulativamente*: il controllo visivo e la spessimetria. Il ricorso a queste metodiche risulta tuttavia particolarmente gravoso e costoso ove i serbatoi siano messi in esercizio dentro terra, perché se ne rende necessario il dissotterramento. Fatto sta che in Italia la grande maggioranza delle apparecchiature — per ragioni di sicurezza, paesaggistiche e ambientali — si trova in esercizio proprio dentro terra; da cui la tendenza dei proprietari a non effettuare i controlli, a fronte di un problema di sostenibilità economico-finanziaria degli stessi.

Anche a fronte dell'esigenza di invertire questa tendenza, nel 2004 ISPESL (organismo dismesso nel 2010, con attribuzione delle relative competenze a INAIL), a seguito della pubblicazione dello standard EN 12818, avvia un progetto di ricerca volto alla sperimentazione di una nuova tecnica: quella delle emissioni acustiche (EA), particolarmente vantaggiosa perché può essere applicata senza dissotterramento e a campione, per lotti omogenei di serbatoi. Di lì a poco, un decreto ministeriale⁽²⁹⁾ introduce la possibilità di effettuare i controlli tramite questa metodica (s'intende, nell'ambito della sperimentazione). Di seguito un decreto direttoriale prevede che le verifiche siano effettuate, su incarico del proprietario, dai c.d. *Organismi abilitati* dal Ministero delle attività produttive, cui INAIL sovraintende. È però accaduto che quello che doveva essere un protocollo di spe-

⁽²⁷⁾ Stando ai dati forniti da *Liquigas e Ancitel*, sarebbero circa 1.300 i comuni italiani non allacciati alla rete del metano, per un totale di oltre 4 milioni di persone.

⁽²⁸⁾ I proprietari s'identificano, nella larga maggioranza dei casi, con le ditte distributrici di GPL, titolari di interi parchi di serbatoi, e solo raramente con gli utilizzatori finali, semplici comodatari.

⁽²⁹⁾ D.m. 23 settembre 2004, emesso congiuntamente da Ministero delle attività produttive, Ministero della salute e Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

rimentazione, volto a testare l'affidabilità della tecnica, ha finito per sostituire le modalità di verifica ordinarie (secondo quanto previsto dal regolamento di cui al d.m. n. 329/2004, peraltro successivo a quello contenente l'autorizzazione relativa alle EA), conducendo all'affermazione di una diversa disciplina in via di fatto (il decreto ministeriale, pur autorizzando la tecnica delle EA, non prevedeva la complessiva *sostituzione* della disciplina regolamentare).

La sciattezza di tale prassi deriva da una serie di fattori. Anzitutto dall'assenza di un approccio prudenziale da parte degli stessi ministeri che hanno facoltizzato l'adozione della tecnica in via di *alternativa* anziché di mero *complemento* alle metodiche tradizionali. Inoltre, dall'approccio degli organismi tecnici, che hanno prodotto un protocollo senza regolare le relative modalità di adesione, rimettendo ai proprietari la scelta sulla tecnica da impiegarsi e creando le condizioni affinché le EA divenissero il metodo di verifica esclusivamente praticato. Deriva poi dalle debolezze della metodica, per come applicata in concreto, considerato che: *i*) alcuni dettagli della prova tramite EA si trovano definiti non in ragione della sua migliore efficacia, bensì esclusivamente della sua praticabilità, a discapito della possibilità di rintracciare tutti i potenziali difetti delle membrature⁽³⁰⁾; *ii*) la procedura s'intende applicata indifferentemente per serbatoi "nuovi" e per serbatoi "vecchi", rimessi in funzione a seguito di una procedura di "ricondizionamento" per l'interro, mentre lo standard EN 12818 afferma che la prova vada adattata al tipo di progettazione del serbatoio⁽³¹⁾; *iii*) contrariamente a quanto previsto dal medesimo standard, i risultati delle prove non sono stati trasfusi all'interno di una banca dati ai fini della determinazione dei criteri di accettazione. Bisogna poi tener conto del fatto che lo standard europeo, su cui INAIL fonda il carattere

⁽³⁰⁾ All'interno della *Relazione finale* di INAIL relativa alla *Sperimentazione sul ricondizionamento di serbatoi interrati per stoccaggio GPL* (novembre 2013), si dice che il numero di sensori è pari a 2 in ragione dell'area di membrana normalmente accessibile senza dissotterramento; pur ammettendosi che la tecnica raggiunge la sua massima efficacia in presenza di un numero più elevato di sensori, disposti a maglia su tutta la superficie del serbatoio. Con 2 sensori non si riescono a individuare tutti i difetti, ma solo quelli collocati lungo le saldature.

⁽³¹⁾ Tale aspetto appare particolarmente problematico se consideriamo che in Italia la grande maggioranza dei serbatoi interrati sono apparecchiature (talvolta anche vecchie di 30 anni) originariamente progettate per operare fuori terra e, a seguito di modifiche, rimesse in commercio. È peraltro accaduto che, per diversi anni, tali serbatoi non siano stati sottoposti alla procedura di verifica e marcatura CE prescritta dalla disciplina europea (direttiva 97/23/CE, c.d. "PED", in seguito sostituita dalla direttiva 2014/68/UE), bensì a una diversa procedura disciplinata in una circolare ISPESL; ciò che, nel luglio 2019, ha valso all'Italia una lettera di costituzione in mora della Commissione europea.

di affidabilità della tecnica EA, non prevede affatto ch'essa possa essere applicata in via esclusiva⁽³²⁾.

Ci si potrebbe allora domandare quali siano i margini dell'intervento politico-criminale per correggere un simile "modo di fare". L'interrogativo appare però mal posto, almeno finché ci si continui a rivolgere al paradigma della responsabilità colposa di evento, a fronte delle caratteristiche intrinseche di questo tipo di responsabilità. Ogni ragionamento sull'*effettualità* del diritto penale in ambito colposo si scontra con il dato statistico: il diritto penale è, in questo ambito, un *mero* rischio e difficilmente una *leva*, perché tra la possibilità di pena e la spinta verso il comportamento doveroso si trova sempre l'aleatorietà della verifica dell'evento. Da qui, l'impulso ad agganciarsi al paradigma precauzionale e, quindi, a introdurre illeciti contravvenzionali rivolti a punire la mera trasgressione delle prescrizioni regolamentari. Opzione che, però, in questo caso trovava i suoi buoni ostacoli, considerata la presenza di una deroga autorizzata (il problema sorge da un *uso* sconsiderato della tecnica alternativa, di base però *facoltizzato*).

La domanda sul tavolo è allora piuttosto: quale atteggiamento può assumere un giudice penale che in ipotesi si trovi a valutare la responsabilità dei soggetti coinvolti nei controlli, a fronte di un evento dannoso dipendente da un difetto non rilevato? Considerando la posizione degli organismi tecnici statali — INAIL e Organismi abilitati, di cui il primo viene a coincidere con lo stesso produttore della disciplina sostitutiva della regola normativa — la questione, a nostro modo di vedere, non può prescindere da un'ottica di sistema e da una valutazione di scopo. Se è vero che la tecnica sperimentale non corrispondeva allo standard della migliore "scienza ed esperienza" (troppe le incertezze sulla sua efficacia preventiva), d'altra parte il suo impiego pareva supportato da valutazioni relative alla sua effettività complessiva; ossia dalla capacità di questa metodica di garantire una maggiore diffusione dei controlli e dunque di raggiungere, pur a fronte di una *minore efficacia preventiva nel caso singolo*, un *più elevato livello di sicurezza complessivo*. Ebbene, se tale era la visione strategica, dubitiamo ch'essa possa essere del tutto ignorata dal giudice penale.

Se consideriamo l'anelasticità e il valore dei beni fondamentali in gioco, diviene difficile pensare che la pretesa penalistica possa ammettere

(32) Si prevede qui che la procedura EA per singoli serbatoi possa essere applicata in *alternativa* alle metodiche più tradizionali purché accoppiata ad altri sistemi di monitoraggio (ispezione visiva esterna, monitoraggio esterno mediante videocamera, etc.). Inoltre il medesimo standard prevede che, in caso di riqualifica del lotto mediante campionatura, i serbatoi debbano sempre superare un'ispezione visiva interna.

un simile abbassamento dell'asticella del dovere. Inoltre, il diritto penale tende tradizionalmente a ignorare l'ottica di sistema, offrendosi principalmente come strumento di tutela di beni *individualizzati* e di contrasto di *singoli* fatti che ne esprimono una lesione. E tuttavia rimane arduo affermare — proprio perché i beni in gioco sono così rilevanti — che l'asticella non si debba abbassare, ove ciò possa in qualche modo contribuire a diminuire le probabilità di verifica di eventi dannosi. Questo senza contare che l'organismo tecnico statale — per cui l'ottica di sistema sicuramente rileva, essendogli proprio l'obiettivo di governo di fenomeni — aveva il compito, diremmo istituzionale, di contrastare la prassi, ben più deleteria, di non effettuare alcun controllo; ciò che lo autorizzava a ricercare una soluzione di compromesso tra le esigenze di sicurezza e di sostenibilità economica. Alla luce di ciò, tende allora a giustificarsi l'adozione generalizzata di una tecnica *under development* (così definita dallo standard ISO/AWI 24367), così come alcune deviazioni dallo standard europeo sopra citato. Ma se ammettiamo che la sciattezza della pratica possa trovare nel suo essere applicata in via “di sistema” (e, quindi, proprio nel fatto di divenire “prassi”) una giustificazione di scopo, allora nel sistema e nello scopo deve rinvenire anche i suoi *limiti*. In questo caso non si hanno riscontri che la prassi abbia avuto una consistenza (in termini di numero dei controlli effettuati) sufficiente a raggiungere lo scopo⁽³³⁾; ciò che tende a rendere non più accettabile la sostituzione della *regola normativa*, poco effettiva, con quella *prasseologica*, del pari poco effettiva, oltre che di dubbia efficacia.

Anche dal punto di vista dei soggetti proprietari la prassi conferma la sua rilevanza. Essa tende a penetrare entrambe le misure della colpa, attraverso i due volti che — in questo ambito — assume il canone dell'*esigibilità*. Sul piano della misura oggettiva, tale canone impone che lo standard debba comunque essere fissato in considerazione dei limiti di disponibilità di una certa tecnica a costi ragionevoli e della sua praticabilità. I concetti di *disponibilità* e di *praticabilità* relativizzano quello della *migliore tecnica*; e la misura di questi concetti passa necessariamente dalla prassi, dal momento che è quest'ultima a determinare ciò che è disponibile e ciò che si pratica. Sul piano poi della misura soggettiva, davanti a una prassi, la domanda non sarà più soltanto se dal soggetto era possibile pretendere il comportamento conforme alla regola, ma se si poteva pretendere che —

⁽³³⁾ INAIL nel 2019 forniva solo un dato assoluto (si parla di 220mila prove effettuate), la cui consistenza andrebbe però valutata in termini relativi. Abbiamo notizia che solo i serbatoi interrati sul suolo nazionale ammontano a 1,6 milioni, numero cui deve aggiungersi quello relativo ai serbatoi installati fuori terra (che non conosciamo).

per conformarsi alla regola — egli si discostasse dalla prassi. E qui molto dipende dalla prassi. Se la prassi è anzitutto dei soggetti pubblici preposti alla sicurezza (che direttamente o indirettamente incentivano il ricorso a una determinata tecnica preventiva), bisogna capire quali siano gli spazi che rimangono al privato per discostarsene secondo un atteggiamento individuale che, per quanto *iso-nomico*, la prassi “autorizzata” ricaccia nell’ambito della *a-normalità*. L’individuazione della regola cautelare, del ciò che si *deve* fare — anche nell’ambito della colpa specifica — non può non trovare un limite in ciò che si *può* fare, perché si *usa* fare. Senza poter tacere, guardando il caso in prospettiva, che il privato, responsabilizzato per l’adesione alla prassi tecnico-amministrativa, rischia di essere il terminale in cui si scarica uno strisciante conflitto tra poteri pubblici.

Dobbiamo infine rilevare che il decreto “semplificazione” dello scorso luglio, contenente misure per far fronte all’emergenza pandemica, ha previsto che i controlli di integrità siano effettuati proprio con la tecnica delle EA⁽³⁴⁾. Questa, più che l’attestazione della *validità* della cautela (stante la perdurante incertezza scientifica sull’efficacia della metodica), pare essere la conferma della forza trasformativa della *prassi*; ciò anche a fronte di un *dover essere* giuridico che si rende particolarmente permeabile in situazioni emergenziali, cedendo davanti a esigenze (tra cui quelle di sostenibilità economica) che tendono a farsi strada nel complessivo ri-equilibrio degli interessi in gioco.

3. Cattive prassi oltre la responsabilità colposa: il caso delle concessioni demaniali marittime.

Vorremmo provare adesso a spingerci oltre i confini della responsabilità colposa, attraverso una vicenda questa volta, crediamo, nota ai più: quella relativa al rinnovo delle concessioni demaniali marittime.

Il *dover essere*: l’art. 12, par. 2, della direttiva 2006/123/CE (c.d. *Bolkestein*) prevede che le concessioni siano assegnate mediante gara a evidenza pubblica. L’*essere*: nel nostro Paese vigono, praticamente da sempre, meccanismi di rinnovo automatico. Se in un primo momento l’automatismo operava in via sostanziale, alla luce del diritto d’insistenza del concessionario storico⁽³⁵⁾, con la l. n. 88/2001 il meccanismo viene formalizzato,

⁽³⁴⁾ V. art. 64-*bis*, d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120).

⁽³⁵⁾ Cfr. art. 37, co. 2, cod. nav. Tale previsione, attribuendo preferenza alle precedenti concessioni in sede di rinnovo, conduceva nei fatti a gare a concorrente unico (il concessionario uscente).

prevedendosi il *rinnovo automatico sessennale* delle concessioni. A fronte di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, nel 2009 viene abrogata la previsione sul diritto d'insistenza; nel 2011 anche la disciplina del 2001 sul rinnovo automatico sessennale. Subito però, con il d.l. n. 194/2009, s'introduce un meccanismo di *proroga automatica* fino al 2012 delle concessioni in essere al 2009; proroga in seguito estesa prima al 2015, poi al 2020 e infine al 2033. La mossa non passa inosservata. Nel 2016 la CGUE⁽³⁶⁾ verifica la contrarietà al diritto dell'Unione della disciplina di proroga, stabilendo un obbligo di conformazione in capo allo Stato italiano; il nostro legislatore, senza colpo ferire, interviene però a ribadire la validità della disciplina interna⁽³⁷⁾. Per parte loro, le amministrazioni comunali, coadiuvate dalle Capitanerie di Porto e dalle Agenzie del Demanio, invece di *disapplicare* la normativa interna — sulla base della *Bolkestein*, come interpretata dalla CGUE — continuano a consentire l'estensione delle concessioni; alcune con provvedimenti espressi, altre tacitamente (ad esempio richiedendo il pagamento dell'imposta di registro). Un *modus operandi*, questo, diffuso su tutto il territorio nazionale. Sulla vicenda si pronuncia il Consiglio di Stato⁽³⁸⁾, il quale afferma che il sistema delle proroghe automatiche previsto dalla normativa nazionale deve essere disatteso dalle amministrazioni. A questo punto, alcuni pubblici ministeri iniziano a contestare ai concessionari il reato di *abusiva occupazione di spazio demaniale marittimo* di cui all'art. 1161 cod. nav. La tesi accusatoria viene abbracciata dalla Corte di Cassazione che, in particolare pronunciandosi sul caso dei bagni "Liggia" di Genova⁽³⁹⁾, ribalta la posizione assunta dalle corti di merito⁽⁴⁰⁾, confermando il provvedimento di sequestro nel frattempo applicato allo stabilimento.

I profili problematici della vicenda sono molteplici e coinvolgono, in primo luogo, il tema dell'*efficacia disapplicatrice* della direttiva, come letta dalla CGUE, sui provvedimenti di concessione ai fini dell'applicabilità del reato, e quindi degli effetti espansivi *in malam partem* del diritto europeo.

⁽³⁶⁾ CGUE, V, 14 luglio 2016, *Promoimpresa e Melis*, cause riunite C-458/14 e C-67/15.

⁽³⁷⁾ Cfr. art. 24, co. 3-*septies*, l. n. 160/2016.

⁽³⁸⁾ Cons. Stato, VI, 12 febbraio 2018, n. 873; Cons. Stato, VI, 18 novembre 2019, n. 7874; Cons. Stato, VI, 17 luglio 2020, n. 4610. Rileviamo che, prima della sentenza della CGUE, il Consiglio di Stato si era posizionato in favore della non diretta applicabilità dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* in quanto non incondizionato (Cons. Stato, VI, 27 dicembre 2012, n. 6682).

⁽³⁹⁾ Cfr. Cass., III, 12 giugno 2019, n. 25993 e Cass., IV, 7 luglio 2020, n. 10218.

⁽⁴⁰⁾ Trib. Genova, Ufficio GIP, decreto di rigetto della richiesta di sequestro preventivo, 2 ottobre 2018; Trib. Genova, Sez. Riesame, ordinanza del 2 novembre 2018.

Ci troviamo qui pienamente d'accordo con chi⁽⁴¹⁾ rileva come sia profondamente scorretto ritenere che la sentenza *Promoimpresa e Melis*, indirizzata dalla Corte europea a modificare la normativa interna e la prassi tenuta dagli enti concessori, possa essere utilizzata per rendere applicabile un precetto penale rivolto ai privati. Per questa via, si opererebbe un indebito sillogismo che — nel trasporre la soluzione (diretta disapplicazione della normativa interna) di uno specifico conflitto (inadempimento dello Stato) in un contesto diverso — ha come effetto, da un lato, di scaricare sui singoli le responsabilità dello Stato, dall'altro di ribaltare il principio secondo cui gli effetti diretti verticali del diritto europeo si producono solo ove attributivo di diritti e mai di obblighi. Per dirlo con le parole del Tribunale del Riesame di Genova, non sembra «che possa essere il rigore della legge penale a favorire, a colpi di sanzioni inflitte ai privati, l'armonizzazione della nostra legislazione interna con quella sovranazionale (...)»; «nella fisiologia del sistema (...) la legalità comunitaria dovrebbe essere ripristinata in primo luogo dai soggetti pubblici che hanno rilasciato, quali Autorità concedenti, i titoli concessori in favore di soggetti privati (...)»⁽⁴²⁾. Ciò detto, l'ostacolo è aggirato se consideriamo che la stessa Corte di Cassazione tende, in alternativa, ad agganciare il parametro dell'illegittimità delle concessioni non alla normativa europea bensì a quella interna: la proroga contenuta nella legge del 2009 sarebbe stata infatti applicabile soltanto alle concessioni “nuove”, ossia sorte dopo il 2001 e che non avessero mai beneficiato del rinnovo automatico⁽⁴³⁾. In questa prospettiva, se non *tutti* dal 2016, *gran parte* dei concessionari balneari occuperebbero le spiagge italiane dal 2009 in assenza di un titolo legittimo⁽⁴⁴⁾. Ma le occuperebbero anche *abusivamente*?

⁽⁴¹⁾ Cfr. C. SOTIS, *Il poker, il ping-pong e l'alpinismo. Gli effetti riflessi sui tre volti del penalista europeo*, in C. Grandi (a cura di), *I volti attuali del diritto penale europeo. Atti della giornata di studi per Alessandro Bernardi*, Pacini Editore, Pisa, 2021, p. 34 s. V. inoltre P. CHIARAVIGLIO, *Effetti espansivi del diritto UE sul penalmente rilevante: il caso delle concessioni marittime*, in *Riv. giur. ed.*, 2019, p. 1410 s.

⁽⁴²⁾ Cfr. Trib. Genova, Sez. Riesame, cit., p. 11.

⁽⁴³⁾ Questo in virtù di una interpretazione “*in bonam fedem*” del d.l. n. 194/2009 operato dalla Corte Costituzionale nella sentenza 18 luglio 2011, n. 213. Seguendo questa pronuncia, per la Cassazione sarebbe inammissibile interpretare il d.l. citato in modo da renderlo estensivo delle concessioni che avevano beneficiato della proroga automatica prevista dalla l. n. 88/2001, perché significherebbe ammettere che «il legislatore abbia abrogato espressamente la disciplina della proroga automatica (...) salvaguardandone comunque gli effetti e, in tal modo, operando in contrasto con la disciplina comunitaria».

⁽⁴⁴⁾ Si tratterebbe, stando ai dati raccolti, di oltre 17.000 imprese.

L'interrogativo evoca il tema dell'equivalenza, nel senso dell'*abusività*, tra condotte tenute in assenza di qualsiasi provvedimento concessorio e condotte tenute in presenza di un provvedimento illegittimo. La questione sulla possibilità di equiparare l'assenza di titolo alla presenza di un titolo, ma illegittimo, è stata ampiamente affrontata nella materia dell'abusivismo edilizio, segnatamente in riferimento alla fattispecie contravvenzionale di *costruzione abusiva* di cui all'art. 44, lett. *b*), d.P.R. n. 380/2001 (c.d. TU Edilizia); disposizione che — a differenza di quanto accade per la diversa fattispecie di *lottizzazione abusiva* di cui alla lett. *c*), dove espressamente le due situazioni sono equiparate — si limita a sanzionare l'esecuzione di lavori in totale difformità o assenza del permesso e la prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione. La risposta positiva che qui la giurisprudenza ormai maggioritaria offre⁽⁴⁵⁾ deriva dall'individuazione del bene giuridico protetto non già nell'interesse formale e strumentale a garantire il preventivo controllo pubblico sugli interventi edificatori, bensì in quello sostanziale alla salvaguardia degli usi sociali del territorio. Un indirizzo, questo, denunciato dalla dottrina per la scarsa attenzione al dato normativo e sistematico (che dove vuole impostare l'equiparazione lo fa espressamente, vedi la lottizzazione abusiva) e per l'impiego del riferimento al bene giuridico in senso ampliativo della fattispecie penale⁽⁴⁶⁾; ciò al malcelato scopo di contrastare — forsanche alla luce della diffusività del fenomeno — situazioni patologiche d'illegalità “concertata” tra amministrazioni e privati.

Le analogie con la vicenda in esame sono evidenti: in entrambi i casi si pone il problema di stabilire se la condotta possa dirsi *abusiva* pur a fronte di un provvedimento (permesso o concessione) dell'amministrazione che autorizza l'attività. Inoltre, in entrambi i casi assistiamo a un indirizzo interpretativo — se non a ciò effettivamente ispirato — funzionale al contrasto della *prassi* di rilascio di provvedimenti *illegittimi*. Sussistono però almeno due differenze. Non ci possiamo anzitutto esimere dal rilevare come, nel caso che ci occupa, il dato normativo non offra appigli letterali o sistematici per ancorare l'abusività della condotta all'assenza di permesso, limitandosi l'art. 1161 c.c. a fare riferimento a chi «*arbitrariamente* occupa»; ciò che potrebbe consentire di ritenere che qui la fattispecie sia effettivamente integrata anche davanti a una concessione illegittima. Inoltre, la que-

⁽⁴⁵⁾ Così a partire da Cass., S.U., 8 febbraio 2002, n. 5115.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. M. GAMBARDILLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 742 s.; R. GAROFOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2020, p. 405 s.

stione urbanistica è ben diversa da quella balneare perché diverso è il *contesto* normativo e fattuale in cui s’inseriscono. Nella prima la condizione di illegittimità amministrativa può essere evitata dai permissionari richiedendo una concessione legittima; ciò che consente di ritenere fondata la pretesa dell’ordinamento che i privati costruttori non si pongano in una situazione di contrasto con le norme che regolano la materia edilizia. Il punto sta dunque nel consentire ai costruttori di dimostrare che l’opera “abusiva” sia stata realizzata senza *colpa* o *dolo*; escludendone la responsabilità ove non avessero modo di rilevare l’illegittimità dell’atto⁽⁴⁷⁾. Nella seconda, invece, la possibilità dei concessionari di conformarsi al *dover essere* è limitata dalla prassi del *rinnovo* automatico, visto che le amministrazioni solo a quella maniera, e non altrimenti, consentivano loro di occupare il suolo demaniale marittimo. Qui, inoltre, non pare venire in rilievo un problema di *conoscibilità* del divieto, stante che l’illegittimità dei rinnovi era, almeno dopo le pronunce del Consiglio di Stato, divenuta fatto notorio (e per lo più conosciuto ai concessionari, appartenenti a una categoria ben attrezzata). La questione che si apre riguarda allora semmai l’*esigibilità* della condotta conforme. Viene da chiedersi cosa avrebbero potuto e dovuto fare i concessionari per uniformarsi al diritto vigente, ossia per agire *giuridicamente*. La risposta non può che essere: opporsi alla prassi dell’amministrazione, operando una *derelictio spontanea* dei beni. Ma era questo, appunto, *esigibile*?

Come noto, la strada dell’*esigibilità* ha il fiato corto. Riconosciuta quale limite immanente alla natura stessa del diritto, che si rivolge all’uomo normale e non all’eroe morale⁽⁴⁸⁾, tanto più « da quando la funzione dell’ente-Stato ha perduto i suoi connotati leviatanici oppure etici per assumere quelli più spiccatamente sociali dello Stato democratico di diritto »⁽⁴⁹⁾, l’*esigibilità* fatica — almeno fuori dal versante soggettivo della *colpa*, dove pure continua a incontrare i suoi ostacoli — a uscire dal suo status di precomprensione giuridica, trovandosi ancora in cerca, nonostante gli apprezzabili sforzi della dottrina⁽⁵⁰⁾, di fruibili e non “irritanti” canali

⁽⁴⁷⁾ La giurisprudenza ammette che costituisca *indice* della sussistenza dell’elemento soggettivo la *palese difformità* del permesso dai regolamenti urbanistici, implicitamente ammettendo che, per contro, la non palese difformità del permesso dai regolamenti urbanistici sia *indice* della sua assenza.

⁽⁴⁸⁾ Questo il punto di partenza delle riflessioni di G. BETTIOL, « *Non esigibilità* » e *collaborazionismo*, in *Giur. it.*, 1946, p. 121 s.

⁽⁴⁹⁾ Così G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, Padova, 1990, p. 8.

⁽⁵⁰⁾ I più corposi tentativi di offrire spessore contenutistico e una pratica accettabilità alla categoria sono stati svolti dalla dottrina di lingua tedesca, i cui risultati si trovano

di traduzione dogmatica e operativa. La sua portata *extralegale*, assieme alla sua natura fluida e indeterminata rispetto alla sistematica del reato, nonché all'incertezza dei criteri per la sua traduzione in giudizio, continuano a suscitare diffidenza; conducendo a riconoscere per lo più in essa un mero principio ispiratore di alcune cause *legali* di esclusione della colpevolezza.

E tuttavia, il Tribunale del Riesame di Genova, nella sua prima ordinanza sulla vicenda cautelare, prova a percorrere tale strada in maniera originale. Senza tentare — com'è stato fatto altrove, ma con scarso successo⁽⁵¹⁾ — d'impiegare l'esigibilità alla stregua di un corollario del principio di colpevolezza, quale misuratore della rimproverabilità soggettiva dell'agente⁽⁵²⁾, la utilizza come un *canone interpretativo*, ossia come un *principio regolativo* dell'interpretazione⁽⁵³⁾ mediante il quale accedere a una particolare lettura della fattispecie di cui all'art. 1161 cod. nav. Partendo dal chiedersi cosa possa (e quindi debba) fare un concessionario nella situazione data, il Tribunale del Riesame arriva a chiarire che, perché possa scattare la tutela penale dell'art. 1161 cod. nav., serve un *qualcosa* — un provvedimento della p.a. — cui il privato faccia resistenza, in modo da dare consistenza alla condotta di “abusiva” occupazione⁽⁵⁴⁾. In sostanza il Tribunale ci dice che, in alcuni casi, la fattispecie non può che assumere la configurazione di un reato a *condotta attiva tramite omissione*.

ben compendiate nell'opera citata alla nota precedente che, a sua volta, sollecita a un suo impiego, mostrando come l'(in)esigibilità si ripercuota sui vari momenti della sistematica del reato, tracciando alcuni criteri per la sua concretizzazione.

⁽⁵¹⁾ Ci riferiamo ai tentativi della giurisprudenza di merito (v. Trib. Milano, 15 dicembre 2015, n. 13701) di valorizzare l'inesigibilità quale criterio per escludere la rimproverabilità del soggetto che omette di versare l'Iva a fronte di una crisi di liquidità, puntualmente respinti dalla giurisprudenza di legittimità. Sul tema, *ex multis*, G. FLORA, “Non avrai altro creditore all'infuori di me!”. *Riflessioni sparse sul delitto di omesso versamento Iva*, in *DisCrimen*, 9 novembre 2020.

⁽⁵²⁾ L'esigibilità tende a mostrare i suoi più gravi limiti proprio quando impiegata come uno *standard* per misurare la rimproverabilità del soggetto, testandone la *possibilità* di tenere il comportamento conforme. E infatti « se essa viene intesa in termini strettamente personali-soggettivi finisce con il risultare sempre indimostrabile; se viceversa viene formulata in una dimensione oggettiva (secondo il poter agire di un qualsiasi modello astratto), non è in grado di chiarire le ragioni per cui in taluni casi è affermata, in altri negata », scontrandosi con il problema della fissazione del modello: T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 806.

⁽⁵³⁾ In proposito C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (trad. it. a cura di S. Moccia), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 61.

⁽⁵⁴⁾ Così, Trib. Genova, Sez. Riesame, cit., p. 11.

Abbiamo prima affermato che il dato normativo di per sé non consente di escludere che l'occupazione possa dirsi penalmente rilevante anche in presenza di una concessione illegittima e a prescindere, quindi, dall'emissione di un ordine di rimessione in pristino. Ma tale interpretazione deve fermarsi davanti ai limiti *taciti* del tipo di "occupazione abusiva". Tali limiti si rintracciano nel fatto che la condotta sanzionata deve esprimere — proprio attraverso quella clausola di illiceità *speciale* introdotta in fattispecie⁽⁵⁵⁾ — un disvalore in termini di contrarietà ai *modi* imposti in via giuridica agli esercenti un'attività balneare per essere concessionari, a fronte di un'attività che, se rispettati tali *modi* (i.e. una concessione *legittima*), è approvata dall'ordinamento. Tuttavia, in virtù della *prassi* di rinnovare automaticamente le concessioni, agli esercenti un'attività balneare non era dato altro modo di occupare il suolo demaniale se non "abusivamente", stante che l'unica forma *legalmente imposta* per occupare le spiagge è tramite una concessione amministrativa. Per questo, nella situazione data, l'occupazione potrebbe ritenersi *abusiva* solo dopo che, avviato dalle amministrazioni un processo di ricostruzione della legalità, i concessionari si rifiutassero di rilasciare i beni⁽⁵⁶⁾. Diversamente ragionando, ci troveremo di fronte a una norma penale totalmente indeterminata e ad applicazione indefettibile, per il fatto di imporre un comportamento giuridicamente *inesigibile* alla luce del sistema *normativo* in cui il divieto è posto.

4. Uno sguardo d'insieme: i *limiti* dell'intervento penale davanti alle *prassi*.

La vicenda appena visitata ci consente di evidenziare e portare in rassegna, seppure in via cursoria, alcuni generali *limiti* dell'intervento penale di fronte alle *prassi*, ancorché cattive.

Un primo *limite* lo individuiamo nel canone dell'*esigibilità*; ove esso dev'essere riguardato quale *criterio di politica-criminale*, prima ancora che come criterio di orientamento della decisione del giudice penale. L'*esigibilità*, intesa come *misura* di ciò che lo Stato può richiedere al cittadino, non solo umanamente, ma anche alla luce della *realtà* dell'ordinamento giuridico e del *contesto* sociale in cui la pretesa penale si muove, dovrebbe sem-

⁽⁵⁵⁾ Cfr. per tutti G. MORGANTE, *L'illiceità speciale nella teoria generale del reato*, Giappichelli, Torino, 2002, *passim*.

⁽⁵⁶⁾ L'interpretazione trova un certo conforto nel dato sistematico, considerato che l'art. 1164 cod. nav., laddove impone una sanzione amministrativa per l'inosservanza di un provvedimento legalmente dato dall'autorità competente, fa «salvo il caso in cui il fatto costituisca reato».

pre guidare le scelte sul se e cosa punire, assieme ai (se non nell'ambito dei) giudizi di *necessità*, *meritevolezza*, *proporzionalità* ed *effettività* della pena. La presenza di prassi antinomiche, ossia la diffusione di un certo comportamento antidoveroso, può essere *indice* di un poco accorto *giudizio* politico-criminale in punto di esigibilità; ossia dell'affermazione in via positiva di schemi formali di comportamento scarsamente aderenti alla realtà socio-fattuale e anche normativa. Se dunque tali prassi dovrebbero, da un lato, condurre il legislatore perlomeno a interrogarsi sull'adeguatezza/fondatezza di quel giudizio, in caso riadattando le trame formali delle fattispecie, l'interprete, sullo stimolo dell'empiria, dovrebbe mostrarsi in grado di raccogliere le istanze dell'esigibilità all'interno di appositi percorsi ermeneutici. Tra i più promettenti vi è proprio quello che utilizza la categoria come un passaggio argomentativo, diretto a verificare se un'interpretazione *prima facie* plausibile sia anche un'interpretazione rispettosa dei confini impliciti della norma penale⁽⁵⁷⁾; confini che emergono ove, liberandosi dagli schemi più formalistici ma pur sempre nel rispetto degli aspetti testuali, ci s'interroghi sul significato della fattispecie *per limitarne il campo d'applicazione*.

Un secondo limite lo individuiamo nel *personalismo penale*. Una questione rimane aperta: il diritto penale può o non può elevarsi a strumento di contrasto delle prassi, per raddrizzare un sistema che si muove in direzione contraria a quella doverosa? Ora, è indubbio che scopo precipuo del diritto penale sia quello di orientare il comportamento dei cittadini. La stessa prevenzione *generale* rimane una dimensione essenziale della giustificazione penale, della ragione per cui l'intervento penale è posto. Ma diviene fragile e, a buona ragione contestata, quando vuole essere elevata anche a giustificazione della funzione della pena; e si fragilizza ulteriormente, divenendo eversiva rispetto al principio in parola, quando intesa come criterio *operativo* dell'intervento penale. Di fronte alla prassi, la magistratura incontra serie difficoltà, trovandosi ora a gestire un problema banalmente materiale, a fronte dell'impossibilità di perseguire tutti i fatti rilevanti, ora ad affrontare questioni di opportunità sociale, economica e dunque anche politica, che la espongono a grandi responsabilità. Si pensi, ad esempio, a cosa accadrebbe se tutti gli stabilimenti balneari italiani subissero la sorte degli stabilimenti Liggia. Ebbene, l'impressione è che, davanti a tali difficoltà, ci si lasci tentare dall'approccio raccolto nella massima dell'*unum castigabis, centum emendabis*: senza fare troppo danno, per correggere la

⁽⁵⁷⁾ Evochiamo qui la nota opera di P. NUVOLONE, *I limiti taciti della norma penale*, Cedam, Padova, 1972.

prassi, intanto si procede a colpire qualcuno. Il principio personalistico impedisce però sempre di piegare il processo penale a questa funzione correttiva, di contenimento dei fenomeni sociali. Peraltro, ove la prassi è dell'autorità, il principio assume una doppia valenza, vietando meccanismi di responsabilizzazione dei privati per il cattivo esercizio del potere pubblico. Del resto, questi meccanismi finiscono per scaricare sui privati un conflitto tra pubblici poteri che meriterebbe di essere risolto altrimenti, magari nel suo apposito spazio "costituzionale". Nel caso genovese, non è escluso che un simile conflitto possa emergere, visto che il Tribunale del Riesame, costretto a conformarsi all'orientamento della Cassazione, ha sollecitato la Procura a indagare per abuso d'ufficio e omissione di atti d'ufficio tutti i funzionari delle amministrazioni coinvolte che non avevano richiesto lo sgombero dello stabilimento⁽⁵⁸⁾. Se v'è da dire che, indirizzando l'azione della Procura sulla parte pubblica, s'è individuato forse il fianco più confacente per il pungolo penale, siamo sempre davanti a un modo sbagliato d'impiegare lo strumento. Il carattere di diffusività di certi comportamenti disegna sempre una dimensione di *contesto* che travalica l'agire individuale; ma se da un lato il contesto richiama il bisogno dell'intervento penale, anche alla luce della gravità che i comportamenti — pur di per sé caratterizzati da una scarsa dannosità sociale — acquistano nell'assumere portata sistemica⁽⁵⁹⁾, dall'altro esso non può mai essere impiegato in funzione giustificatrice di tale intervento nei confronti dei singoli. È insomma la storia del diritto penale *di lotta*, che assume il singolo come *mezzo* di neutralizzazione di un *fenomeno*; storia nota e su cui non riteniamo utile soffermarci oltre⁽⁶⁰⁾. L'unica osservazione che ci permettiamo di avanzare riguarda il fatto che il nostro sistema — in cui l'obbligatorietà dell'azione penale alimenta invece di arginare la discrezionalità delle procure⁽⁶¹⁾ — si presenta massimamente inadeguato a gestire simili derive.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Trib. Genova, Sez. Riesame, ordinanza del 12 luglio 2019, p. 4.

⁽⁵⁹⁾ Sul tema, con particolare riferimento alle caratteristiche della c.d. *criminalità di massa* (categoria criminologica che tuttavia non siamo certi possa qui essere applicata), C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Cedam, Padova, 1985, p. 181 s. Più in generale, sulla crisi di *incontenibilità* del diritto penale, ID., *L'autunno del Patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1238 s.

⁽⁶⁰⁾ Il rinvio è a M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla Questioni Criminale*, 2007, 2, p. 55 s.

⁽⁶¹⁾ Ci limitiamo su questo a rinviare alle lucide e amare riflessioni di Tullio Padovani, contenute in una recente intervista rilasciata a *Il Dubbio* («*Le procure hanno un potere terrificante*», 30 gennaio 2021), nonché a G. FALCONE, *Interventi e proposte* (1982-

Un terzo limite lo si può rintracciare nelle esigenze di *sostenibilità economica*. Per la natura degli interessi che intercetta, la sostenibilità parrebbe operare come un vincolo esterno dell'opzione penale, etero-imposto da logiche economicistiche con cui la politica criminale si confronta per ragioni pragmatiche. In verità, essa presenta anche una valenza precettiva interna, incrociando alcuni gangli fondamentali (principi) della nostra materia. Ora, i piani su cui tale limite si manifesta possono essere diversi. Il primo lo vede intrecciarsi alle istanze dell'esigibilità, in qualche misura rispecchiandole, ove presa a parametro di quanto si possa richiedere al cittadino (in termini di sacrificio finanziario, nella direzione dell'adeguamento alla pretesa penale); ciò che in un'ottica di sistema, e alla luce degli obiettivi di tutela, può determinare — lo abbiamo visto nel caso del GPL — la misura di ciò che *conviene* anche richiedergli. Vediamo allora qui indagate le fondamentali stesse della pretesa penale, la sua *primigenia* dimensione di accettabilità sociale. Il secondo piano invece indaga l'accettabilità sociale della pretesa penale alla luce delle sue conseguenze economico-sociali. Segnatamente lo fa assumendo tale pretesa come *confermata*; ora valutando i costi dei comportamenti da essa indotti, ora quelli che si producono una volta che sia disattesa ma riattestata mediante *pena*. In tale secondo caso, il problema si fa sentire — oltre che davanti a misure inabilitanti applicate a enti di grandi dimensioni e d'interesse strategico — anche a fronte di condotte antidoverose diffuse. Questo perché il sistema pretenderebbe reazioni corrispondenti (salvi i *limiti* di costo della stessa “macchina penale”, manifestandosi qui ulteriori e più generiche istanze di *sostenibilità*); reazioni indirizzate verso un gran numero di soggetti economici, suscettibili di provocare significativi effetti in via collaterale, a detrimento di una vasta platea di enti e individui ai primi economicamente legati (o interessati alla prestazione di certi servizi). In questo senso, al tema della sostenibilità dell'intervento penale abbiamo fatto riferimento nel caso delle concessioni demaniali marittime, ove abbiamo sollevato la preoccupazione relativa alla chiusura, per mano giudiziaria, di tutti gli stabilimenti balneari “abusivi”. Certo, è difficile che nel nostro ordinamento la magistratura riesca a farsi carico di simili istanze, se non velatamente e attraverso esercizi incontrollati di discrezionalità. Così, almeno, quando il problema si pone nell'ottica di sistema richiamata, e quindi non per un singolo ente e in un contesto specifico (esistendo qui istituti in cui per legge si chiede alla magistratura di riparametrare l'intervento penale in base agli effetti socio-economici dello

1992), Sansoni Editore, Firenze, 1994, p. 173 s. e al noto testo di R.H. JACKSON, *The federal prosecutor*, in *The Journal of the American Judicature Society*, 1940, p. 19 s. (entrambi richiamati nell'intervista citata).

stesso)⁽⁶²⁾. In assenza di dispositivi decisionali per la gestione, in via preterita, degli effetti socio-economici dell'intervento penale, non ci si può che limitare a invocare una presa di posizione del legislatore che ne ridisegni i confini e/o i modi.

Vale la pena sottolineare come, al fondo, anche qui sia in gioco il *personalismo* penale, ancorché nella sua estensione meno stimata: quella che ne osserva le proiezioni all'interno della dimensione sanzionatoria, e non (meramente) dichiarativa della responsabilità. In questa dimensione, il principio vorrebbe che gli effetti della reazione penale non colpissero altri che il soggetto *responsabile*. Un principio che, all'evidenza, crolla quando il destinatario della sanzione sia l'ente; ma che crolla comunque sempre e strutturalmente, una volta assunto il castigo a fondamento (non compiutamente razionale) del sistema, cioè ammesso che il diritto penale sia un meccanismo di allocazione della *sofferenza*. Accettato questo, realismo impone che della sua afflittività collaterale non si abbia cura (se non per fare, talvolta, anche su di essa leva). Com'è stato detto, «il diritto penale è di per sé diseconomico», perché «l'applicazione della pena, nell'immediato, impone alla collettività costi (elevati), non per produrre benefici, ma per produrre ulteriori danni (al reo, ai suoi congiunti e alla stessa collettività) senza riparare l'originale danno prodotto»⁽⁶³⁾. Qualcosa inizia però a cambiare quando la non razionalità (umana ed economica) del meccanismo inizia a diventare un problema sociale, e dunque anche una questione *politica*, a tutto beneficio del personalismo.

5. Dalle cattive prassi al “comune andazzo”: il caso della tassa di soggiorno e l'attivazione dei limiti dell'intervento penale.

Chiudiamo con un ultimo caso, questa volta riguardante perlopiù esclusivamente il versante privato e connotato — più che da una cattiva prassi *ubiqua* e *costante* — da un “comune andazzo”; caso comunque utile, crediamo, a verificare come i *limiti* evidenziati possano entrare in funzione, almeno sul piano dell'intervento legislativo, davanti a comportamenti antidoverosi che prendano a esprimere una certa regolarità.

⁽⁶²⁾ Ci permettiamo di rinviare a M. GALLI, *Giudicare l'avvenire: uno studio a partire dalla convention judiciaire d'interet public*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1285 s., nonché a Id., *La giustizia dell'incapacitazione economica alla prova dei suoi effetti: verso una prevenzione sostenibile?*, in A. Sterpa, A. Coiante (a cura di), *Sicurezza, legalità ed economia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 81 s.

⁽⁶³⁾ C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2005, p. 1370.

Si tratta della vicenda relativa all'imposta di soggiorno. L'art. 4 d.lgs. n. 23/2011 prevede che i comuni possano istituire una tassa — nel massimo di 5 euro per notte — a carico di chi alloggia nelle strutture ricettive del loro territorio; senza d'altra parte introdurre (fino all'ultimo intervento legislativo) una disciplina specifica per il caso di mancato versamento del tributo nelle casse comunali da parte degli albergatori incaricati della riscossione (disciplina forse rimessa al regolamento di attuazione, da approvarsi entro 60 giorni e in realtà mai adottato). Agganciandosi alla giurisprudenza della Corte dei Conti, che nel frattempo aveva qualificato gli albergatori come *agenti contabili* tenuti allo svolgimento di attività ausiliarie per l'esecuzione dell'obbligazione tributaria tra ente impositore e clienti delle strutture⁽⁶⁴⁾, i pubblici ministeri iniziano a contestare e i giudici a riconoscere⁽⁶⁵⁾ il delitto di *peculato* in capo agli albergatori omittenti; ciò sul presupposto che — in quanto appunto *agenti contabili* — essi rivestano la qualifica di incaricati di pubblico servizio addetti al maneggio di denaro pubblico. Si apriva così un «dracónico giro di vite»⁽⁶⁶⁾, considerate le gravi ricadute disciplinari di tale reato⁽⁶⁷⁾ e la ricorrenza dell'applicazione di sequestri preventivi dei saldi attivi esistenti sui rapporti finanziari risultanti nella disponibilità degli indagati, fino al valore delle somme trattenute. Un esito, questo, con molta probabilità non previsto e non voluto dal legislatore, che, in piena crisi pandemica, interviene sulla materia con l'art. 180, co. 3, del c.d. decreto “Rilancio” (d.l. n. 34/2020, conv. l. n. 77/2020). Qualificati espressamente gli albergatori come *responsabili d'imposta* obbligati in solido con il cliente, si prevede inoltre che il mancato versamento della tassa integri un mero illecito amministrativo-tributario, ritagliato sulle condotte in questione.

Non è nostra intenzione speculare sulla *ratio* politico-criminale della riforma; tuttavia, non possiamo esimerci dal segnalare com'essa sia sopraggiunta in un momento in cui l'intervento penale, con i suoi effetti diretti e indiretti, iniziava a rappresentare un *problema sociale* tangibile⁽⁶⁸⁾, a fronte

⁽⁶⁴⁾ C. Conti, Sez. Riun., 22 settembre 2016, n. 22.

⁽⁶⁵⁾ V. ad. es. Cass., VI, 26 marzo 2019, n. 27707; Cass., VI, 17 maggio 2018, n. 32058.

⁽⁶⁶⁾ G. AMARELLI, “*Peculato dell'albergatore*”: tra modifiche mediate reali o apparenti e successione impropria, tertium datur?, in *SP*, 5 febbraio 2021, p. 3.

⁽⁶⁷⁾ Tra queste: impossibilità di applicare l'art. 131-*bis* c.p. per incontinenza dei limiti edittali del reato; applicazione di pene accessorie perpetue; difficile accesso alla sospensione condizionale; esclusione di strumenti premiali per la sua appartenenza, a seguito della “Spazzacorrotti”, ai reati ostativi di cui all'art. 4 ord. penitenziario ed esclusione della sospensione dell'ordine di esecuzione ai sensi dell'art. 656, co. 9, c.p.p.

⁽⁶⁸⁾ D. MICHELETTI, *Le modificazioni mediate apparenti. Un recente caso in materia di peculato*, in *Criminalia*, 21 ottobre 2020, p. 7.

di un comportamento diffuso tra molti esponenti della categoria. Pur non disponendo di un dato preciso, le notizie di stampa sui procedimenti penali avviati nei confronti degli albergatori, insieme ad atti parlamentari che registrano gli ammanchi di diversi comuni italiani⁽⁶⁹⁾, restituiscono la dimensione di un “andazzo” abbastanza esteso⁽⁷⁰⁾. Anche se qualche sospetto lo nutriamo, non possiamo stabilire una correlazione tra la consistenza assunta dal fenomeno e la “politica penale giudiziale”⁽⁷¹⁾ intrapresa, né quindi affermare che l’attivazione dei procedimenti e la declinazione della qualifica degli albergatori offerta ai fini dell’integrazione del delitto di peculato — sulla quale pure ci sarebbe da meditare⁽⁷²⁾ — abbia trovato una giustificazione nelle proporzioni dell’andazzo e nel bisogno di arginarlo. Di certo, la dimensione del fenomeno rendeva evidente la necessità di un cambio di passo, attraverso una riforma capace di razionalizzare la materia, riconsegnare effettività all’obbligo tributario e far retrocedere la pretesa penale. Senza contare che la riforma ha consentito di eliminare un’incriminazione lontana dal canone dell’*esigibilità*. Tale canone non appariva rispettato alla luce di un sistema difettoso sul piano normativo e

⁽⁶⁹⁾ Cfr. DDL n. 554, comunicato alla presidenza il 16 ottobre 2019.

⁽⁷⁰⁾ Non riusciamo perciò a condividere la narrazione, pur diffusa, secondo cui la riforma (intervenuta, si dice, per salvaguardare gli interessi di Cesare Paladino, proprietario dell’Hotel Plaza e suocero dell’allora Presidente del Consiglio Giuseppe Conte, interessato da un procedimento penale per peculato) sarebbe da ascrivere al novero delle leggi *ad personam*.

⁽⁷¹⁾ Riprendiamo l’espressione di C.E. PALIERO, *Lo “statuto penale” degli operatori bancari, fra disciplina comunitaria e politica penale giudiziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1359 s.

⁽⁷²⁾ La correlazione tra attività di “maneggio di denaro pubblico” e qualifica di i.p.s è un *topos* ricorrente nella giurisprudenza, non di rado corroborato dalla posizione di “agente contabile” rivestita dall’agente (da ultimo, Cass., S.U., 16 febbraio 2021, n. 6087). Spesso, tuttavia, si dimentica di verificare se la correlazione e l’impiego di nozioni tratte *aliunde* sia compatibile con la definizione di “attività amministrativa” fornita dagli artt. 357, co. 2, e 358 c.p. A ben vedere il codice penale non instaura alcun rinvio ad altre branche, limitandosi a dirci che può essere considerato i.p.s. colui che svolge un’attività disciplinata «da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi», con esclusione «dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale». Sarebbe allora più proficuo interrogarsi sul significato di questi incisi, alla luce dei programmi di tutela del *Titolo II*. In questo caso non sembra neppure necessario affaticarsi, parendo rientrare l’attività di mero versamento di denaro nel concetto di mansione d’ordine; una mansione ausiliaria che, pur gravida di ricadute, risulta priva di spazi di discrezionalità, riducendosi all’esercizio di attribuzioni esecutive che non presentano i caratteri minimi validi a giustificare l’applicazione del rigoroso statuto penale dei soggetti pubblici. Per tutti, N. AMORE, *Circolazione dei metodi e disorientamento degli scopi nella repressione dei reati propri contro la Pubblica amministrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 2070 s.

operativo (essendosi registrato, almeno in una prima fase, un certo ritardo nell'organizzazione degli uffici comunali), nonché di un contesto — la crisi economica di cui il nostro Paese soffre almeno dal 2009 — che, al netto di chi s'intascava bellamente la tassa, spingeva gli albergatori a ritardare i versamenti, per impiegare altrimenti le somme (pagare i dipendenti, versare l'IVA etc.).

La partita però non è chiusa. Essa continua a giocarsi sul terreno degli effetti intertemporali della riforma, a fronte di una giurisprudenza di merito che tende a riconoscere un fenomeno di *abolitio criminis* ex art. 2, co. 2, c.p.⁽⁷³⁾ e di una giurisprudenza di legittimità che, invocando il criterio strutturale e non ravvisando una successione di norme integratrici, viceversa tende a escluderlo, stabilizzando gli effetti modificativi solo per il futuro⁽⁷⁴⁾. La discussione dottrinale sul punto è accesa⁽⁷⁵⁾, richiamando questioni (quando, e in base a quali criteri, sia possibile riconoscere una modifica *mediata* effettiva della fattispecie penale; quando, nonostante la modifica riguardi una norma richiamata da un elemento normativo, comunque si debba riconoscere l'effetto abrogativo) antiche e assai controverse⁽⁷⁶⁾. In essa, perciò, non ci arrischiamo. Ci limitiamo a notare la particolarità di questa ipotesi: una modifica sì mediata sulla normativa extra-

⁽⁷³⁾ Cfr. Trib. Roma, 3 dicembre 2020; Trib. Roma, 2 novembre 2020, n. 1520; Trib. Salerno, 19 ottobre 2020, n. 1708; Trib. Rimini, 24 luglio 2020.

⁽⁷⁴⁾ Cass., VI, 17 dicembre 2020, n. 36317; Cass., VI, 30 ottobre 2020, n. 30227.

⁽⁷⁵⁾ Per la posizione che, in accordo con la giurisprudenza di legittimità, esclude l'*abolitio criminis* applicando il criterio strutturale, per tutti, G.L. GATTA, *Omesso versamento della tassa di soggiorno da parte dell'albergatore e peculato: abolitio criminis dopo il "decreto rilancio"?*, in *SP*, 5 ottobre 2020. Per la posizione che invece riconosce il fenomeno abrogativo, seppure con percorsi diversificati: M. GAMBARDELLA, *Il "decreto rilancio" e la degradazione della condotta di omesso versamento dell'imposta di soggiorno da peculato a illecito amministrativo*, in *PenaleDP*, 1 giugno 2020; D. MICHELETTI, *Le modificazioni mediate apparenti*, cit., p. 1 s. Per una soluzione radicalmente alternativa, G. AMARELLI, *"Peculato dell'albergatore"*, cit., in part. p. 17 s.

⁽⁷⁶⁾ Non essendo qui possibile ricostruire un così ampio e articolato dibattito, ci limitiamo a richiamare alcune delle voci che in maniera più significativa vi hanno contribuito: G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2008; D. MICHELETTI, *Legge penale e successione di norme integratrici*, Giappichelli, Torino, 2006; T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali. La modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1354 s.; M. ROMANO, *sub Art. 2*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Artt. 1-84, Vol. I, Giuffrè, Milano, 2004, p. 53 s.; Id., *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 150 s.; D. PULITANÒ, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 314 s.; L. RISCATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale. Profili generali e problemi applicativi*, Giuffrè, Milano, 2004.

penale richiamata da un elemento normativo, ma al contempo una modifica legislativa che esprime una chiara e non irragionevole opzione di depenalizzazione (che esprime il venir meno della necessità di pena) per quella classe di fatti, anche in virtù degli effetti ad essa connessi (che distintamente emergono dalla diffusione del mancato versamento e, diremmo, anche dalla prassi repressiva della magistratura), alla luce della congiuntura economica; e che quegli effetti continuerebbero in parte a ridondare sul presente e sul futuro, ove si volesse salvaguardare l'efficacia per il passato dell'incriminazione.

Ci pare appena il caso di sottolineare, in via conclusiva, che se il carattere proprio e costante delle prassi "cattive" è di mettere in crisi il *dover essere* penalistico (per il fatto di sostituire una diversa *regolarità* a quella nascente o comunque introiettata dalla *regola*), la loro forza "buona" risiede nella capacità di sollevare ragionevoli dubbi sul *poter essere* e, quindi, sulla *ragion d'essere* dello stesso, nel senso di esprimere un invito a saggiare, nelle sedi in cui *formalmente* si produce, se la sua posizione sia mai stata o continui a risultare fondata alla luce dei criteri che lo vincolano socialmente e giuridicamente⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁷⁾ Questa la conclusione cui si può giungere adottando una prospettiva "larga" circa i ruoli della scienza giuridica e i contorni dei suoi discorsi sul "dover essere" (in opposizione a quella "ristretta", insensibile alla dimensione dei valori che giustificano e correggono i ragionamenti sulle regole esistenti); abbracciando, dunque, un modello di riflessione che non escluda «i discorsi sull'effettività e sul controllo sociale, cioè sull'incidenza funzionale o disfunzionale del diritto sui fatti (cui esso forse non è più adeguato)», ove «proprio questa inadeguatezza impone al giurista di misurarsi sempre di più con i problemi sociologici»: A. BARATTA, «Essere» e «dover essere», cit., p. 94.

FEDERICO CARMELO LA VATTIATA

**IL RUOLO DELLE *AGENCIES* FEDERALI
NEL SISTEMA STATUNITENSE DI *RISK-MANAGEMENT*.
LA GESTIONE DEI RISCHI
NEL SETTORE TECNOLOGICO-FARMACEUTICO
E IL RUOLO DELLA *FOOD AND DRUG ADMINISTRATION***

«*«Dottoressa Robb» dice, «la Food and Drug Administration conduce test in prima persona?»*
«No. [...] I produttori dei farmaci sono primariamente responsabili [...].»
«Qual è il ruolo dell'FDA nei test farmacologici?»
«Stabiliamo degli standard volti ad assicurare che questi test siano obiettivi e completi. Poi analizziamo i risultati per determinare se un particolare farmaco si è dimostrato sicuro ed efficace.»»

(S. TUROW, *L'ultimo processo*, Mondadori, Milano, 2020, p. 131 s.)

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. I tre poli della discussione: scienza, diritto, politica. — 3. La gestione dei rischi tecnologici negli USA. Il sistema di *risk-management* nel settore farmaceutico e il ruolo della FDA. — 4. Il ruolo del diritto penale. — 5. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il tema della gestione del rischio farmaceutico ha subito negli ultimi mesi una rilevante esposizione mediatica per via degli evidenti nessi con la pandemia da SARS-Cov-2. A questo riguardo, la politica e la scienza hanno sin da subito avvertito la necessità di ricercare soluzioni *sistemiche*, in luogo di quelle *topiche* (e.g. distanziamento interpersonale, adozione dei dispositivi di protezione individuale, etc.), la cui efficacia ha mostrato non pochi limiti sul medio-lungo periodo. Una prima soluzione *sistemica* è costituita dalla disponibilità di un farmaco specifico contro la sindrome da Covid-19. Una seconda soluzione è il raggiungimento della c.d. “immunità di gregge”, *i.e.* il tasso di

immunizzazione di massa che rende altamente improbabile l'infezione dei soggetti non ancora immuni. Per ottenere quest'ultima in modo "indolore" è necessario, com'è noto, disporre di un vaccino.

L'attualità del tema in parola risiede proprio nel fatto che tanto la possibilità di far fronte *ex post* all'infezione mediante farmaci specifici, quanto quella di ridurre *ex ante* il rischio di contagio attraverso i vaccini, costituiscono soluzioni "indolori" nella sola misura in cui sia i primi, sia i secondi, siano *sicuri ed efficaci*.

Tuttavia, le parole "sicurezza" ed "efficacia", se non corredate di un significato specifico (*i.e.* ai fini scientifici) rischiano di rappresentare delle "scatole vuote", che ciascuno può "riempire" di contenuto in base alla propria sensibilità, al proprio livello di conoscenze tecnico-scientifiche e alla propria propensione al rischio. Una prospettiva, questa, della quale il diritto potrebbe in astratto disinteressarsi. Senonché, in ambito farmaceutico, il tema della gestione del rischio evoca considerazioni non limitate alla sola tutela della salute individuale, ma riguardanti più ampiamente la salvaguardia della salute pubblica. Sono quindi necessari parametri generali e astratti, in ordine ai quali viene in considerazione un interessante assetto di relazioni tra scienza, diritto e politica, che, come emergerà meglio appresso, costituiscono i tre poli della discussione oggetto di questo contributo.

Prima di entrare *in medias res*, però, sono necessarie due precisazioni.

La prima: le riflessioni che seguono fanno indifferentemente riferimento al rischio "tecnologico" e a quello "farmaceutico", in realtà non totalmente sovrapponibili sotto il profilo concettuale.

A rigore, infatti, con la prima espressione ci si riferisce alla relazione di possibilità tra l'applicazione di una certa tecnologia e una data classe di eventi dannosi⁽¹⁾. Con la seconda, invece, si suole individuare una serie di rischi specifici, potenzialmente emergenti nel c.d. "*lifecycle*" di farmaci e dispositivi medici, la cui gestione forma l'oggetto della *regulation of pharmaceuticals and medical devices*, ossia la disciplina di promozione e protezione della salute pubblica mediante la previsione di requisiti di qualità, sicurezza ed efficacia dei farmaci, di adeguata informazione di operatori sanitari e pazienti, di fabbricazione, stoccaggio e distribuzione dei dispositivi medici, nonché di strumenti *law enforcement*⁽²⁾.

(1) Z.W. KUNDZEWICZ, *Hazards, Technological*, in W. KIRCH (a cura di), *Encyclopedia of Public Health*, Dordrecht, Springer, 2008, <https://doi.org/10.1007/978-1-4020-5614-7>.

(2) *Regulation of Pharmaceuticals (Drug Regulation)*, in W. KIRCH (a cura di), *Encyclopedia*, cit.

Nondimeno, il confine tra tali tipologie di rischio risulta in concreto sempre più sfumato.

A tal proposito, basti pensare all'irrompere delle tecniche di intelligenza artificiale (IA) ⁽³⁾ nel settore dei dispositivi medici (c.d. *software as a medical device* o SaMD) e in particolare, per quanto attiene all'emergenza epidemiologica in atto, all'ampio utilizzo di tali tecniche quali strumenti di ricerca scientifica in materia di farmaci e vaccini, ovvero quali dispositivi medici impiegati tanto nella diagnosi e nella cura della sindrome da Covid-19, quanto nella predizione degli indici di contagio, dovendosi sotto questo profilo distinguere, da un lato, i sistemi IA c.d. *embedded* (parti integranti di dispositivi medici più ampi) e, dall'altro, i c.d. *stand-alone devices* (sistemi IA considerati *medical devices* in quanto tali) ⁽⁴⁾.

La seconda: con riferimento al "ciclo di vita" di un farmaco o dispositivo medico, si può effettuare una *summa divisio* tra una prima fase, precedente alla sua immissione sul mercato/messa in servizio e dedicata alla sperimentazione e alla validazione dello stesso, e una seconda fase, in cui avviene l'impiego del *device* in concreto. A segnare lo spartiacque temporale tra la prima e la seconda fase è l'autorizzazione alla commercializzazione del prodotto, che negli Stati Uniti compete, come si vedrà meglio in seguito, alla *Food and Drug Administration* (FDA).

Ebbene, in ragione di ciò, all'interno del *genus* rischio *tecnologico-farmaceutico* si possono individuare due *species*, *i.e.* due sottoclassi di rischio.

In primo luogo, nella fase pre-commercializzazione, viene anzitutto in considerazione il rischio che, nel corso della sperimentazione, si producano eventi avversi a danno dei soggetti che volontariamente vi si sottopongono. Profilo, questo, che non sarà qui oggetto di particolare attenzione. Inoltre, rileva il rischio di produzione di eventi lesivi a danno dei fruitori del farmaco o dispositivo medico, pur emergenti in fase post-com-

⁽³⁾ Secondo la definizione di IA fornita dalla Commissione europea [v. COM(2018) 237], si tratta di « sistemi che mostrano un comportamento intelligente analizzando il proprio ambiente e compiendo azioni, con un certo grado di autonomia, per raggiungere specifici obiettivi ».

In materia di IA, v. *amplius* S.J. RUSSELL, P. NORVIG, *Artificial Intelligence. A Modern Approach*⁴, Hoboken, Pearson, 2021. Con riferimento ai profili di rilevanza per il diritto penale, v. *ex multis* F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto penale e uomo*, 10-2019.

⁽⁴⁾ In tema di SaMD, v. in generale J. ORDISH, H. MURFET, A. HALL, *Algorithms as medical devices*, Cambridge, University of Cambridge-PHG Foundation, 2019. Circa l'impiego dell'IA nel contrasto all'epidemia da Sars-Cov-2, v. B. MCCALL, *COVID-19 and artificial intelligence: protecting health-care workers and curbing the spread*, in *The Lancet Digital Health*, Vol. 2, 4-2020, pp. 166-167.

mercializzazione, ma dipendenti causalmente, in base a un accertamento *ex post*, da antecedenti collocati temporalmente nella fase pre-commercializzazione, *e.g.* una condotta fraudolenta posta in essere dall'*investigator* dello studio sperimentale (v. *amplius* § 4).

In secondo luogo, vi è il rischio che i danni per la salute dei pazienti emergano, anche in questo caso, dopo l'immissione sul mercato/messa in servizio del dispositivo, ma in relazione ad antecedenti collocati nella medesima seconda fase, *e.g.* causati da un uso del *device* non rispettoso delle regole cautelari individuate nel corso della sperimentazione. In tal caso, occorrerà valutare la portata e i limiti della responsabilità dell'utilizzatore del dispositivo.

Ferme queste differenze concettuali, per semplicità, di esse non si farà ulteriore menzione e, in relazione ai vari profili di seguito affrontati, si avrà riguardo ora all'una, ora all'altra delle sottoclassi di rischio *tecnologico-farmaceutico* appena descritte.

2. I tre poli della discussione: scienza, diritto, politica.

Come anticipato, i tre poli della discussione sulla gestione del rischio c.d. *tecnologico-farmaceutico* sono la scienza, il diritto e la politica.

Secondo una visione epistemologica più risalente, scienza e diritto sarebbero due entità distinte, sia sotto il profilo metodologico, sia sotto quello degli scopi perseguiti. In particolare, la scienza sarebbe un'istituzione autonoma, che distingue, secondo criteri propri, la conoscenza valida da quella fallace; il diritto, invece, verrebbe in relazione con la prima alla stregua di mero strumento tecnico, utile al recepimento acritico di dati ritenuti corretti "a monte". La qualificazione giuridica assumerebbe così i tratti di un'operazione neutrale, *i.e.* l'assunzione di fatti ritenuti validi dalla scienza "ufficiale" a contenuto della norma. Tale orientamento è stato a lungo dominante negli Stati Uniti, grazie all'avallo della giurisprudenza federale. Con la sentenza *Frye* del 1923, infatti, la Corte d'appello del distretto della Colombia affermò un importante principio in tema di ammissibilità della prova scientifica (c.d. *Frye test*): la Corte ritenne cioè ammissibili le sole prove dotate di una "*general acceptance*" da parte della comunità scientifica di riferimento, così ritagliando entro limiti angusti il ruolo del giudice di merito, chiamato ad una acritica constatazione delle opinioni scientifiche maggioritarie⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ *Frye v. U.S.*, 54 App. D.C. 46, 293 F 1013 (1923).

Un più recente (ma ormai diffuso) orientamento ha revocato in dubbio il suddetto approccio, richiamando a tal fine tre fattori: *a*) la non neutralità delle conoscenze scientifiche; *b*) il carattere sociale della comunità scientifica; *c*) i rischi connessi all'implementazione nella società della scienza e della tecnica. Fattori, questi, che la pandemia da Covid-19 ha reso particolarmente evidenti. L'adesione a tale secondo ordine di idee implica un diverso intendimento della qualificazione giuridica: un'operazione, invero, non più meramente "descrittiva", bensì "normativa", avente come contenuto l'individuazione della scienza "valida", quindi idonea a produrre effetti giuridici⁽⁶⁾. Il passaggio dal primo approccio a quello adesso in commento, negli Stati Uniti, si è avuto, in un primo momento, con l'approvazione nel 1975 delle *Federal Rules of Evidence* da parte del Congresso. In particolare, l'art. 702 liberalizzò l'ingresso nel processo di prove "nuove" o comunque non supportate dall'opinione maggioritaria della comunità scientifica di riferimento, purché utili alla dimostrazione del fatto *sub iudice*. Nondimeno, la piena realizzazione di tale mutamento di paradigma si ebbe solo a partire dal 1993, grazie all'importante sentenza della Corte suprema federale nel caso *Daubert*, nonché, negli anni successivi, all'adozione del *Reference Manual on Scientific Evidence*⁽⁷⁾.

I passaggi argomentativi della sentenza *Daubert* possono essere così sintetizzati: preso atto dell'anacronismo del *Frye test* a seguito dell'emanazione delle *Federal Rules of Evidence*, la Corte ha riconosciuto al giudice di merito un ruolo fondamentale nella verifica della "scientificità" della prova, dovendo effettuare una duplice valutazione preliminare, riguardante sia la sua *rilevanza*, sia la sua *attendibilità*. Sotto il primo profilo, occorre verificare che la prova possa contribuire all'accertamento e alla ricostruzione dei fatti di causa. Sotto il secondo profilo, la prova deve risultare scientificamente valida alla stregua di alcuni indici (non tassativi), tra cui: in via prioritaria, la controllabilità e falsificabilità del principio sotteso alla prova; la sua sottoposizione al vaglio della comunità scientifica di riferimento; la sua pubblicazione su riviste accreditate; la conoscenza del margine di errore accertato o potenziale; e, in via del tutto residuale, la generale accettazione da parte della comunità scientifica⁽⁸⁾.

(6) S. JASANOFF, *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Harvard University Press, Cambridge (USA)-London, 1995, pp. XIII-XVII.

(7) Sul quale, v. C. VALBONESI, *Scienza e processo a confronto: brevi riflessioni sul Reference Manual on Scientific Evidence*, in A. AMATO, G. FLORA, C. VALBONESI (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 127-132.

(8) *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

Ancorché in termini esplorativi, può essere utile verificare, a partire dalle suddette premesse epistemologiche, come l'Occidente e in particolare gli Stati Uniti d'America gestiscano i rischi connessi alla commercializzazione dei dispositivi medici.

3. La gestione dei rischi tecnologici negli USA. Il sistema di *risk-management* nel settore farmaceutico e il ruolo della FDA.

Il sistema statunitense di gestione dei *rischi tecnologici*⁽⁹⁾ non solo rappresenta un interessante modello di integrazione tra *hard law* e *soft law*, oltre che tra strumenti penalistici e non penalistici, ma altresì, in ragione della natura giuridica dei soggetti a vario titolo coinvolti, si connota per articolate forme di cooperazione tra settore *pubblico* e settore *privato*, assumendo, in definitiva, particolare rilievo ai fini del tema oggetto del presente volume.

In dottrina si è parlato al riguardo di “modello delle agenzie” o “modello ingiunzionale”, per le ragioni che saranno chiarite a breve⁽¹⁰⁾.

Nonostante ciascun settore oggetto di regolamentazione presenti connotati propri, è possibile individuare taluni elementi comuni che, complessivamente considerati, descrivono un più generale paradigma di *risk-management*: anzitutto, le *agencies* federali fissano, attraverso propri atti normativi, le regole cautelari che le imprese operanti nei diversi settori tecnologici sono chiamate a rispettare; tali regole sostanzialmente individuano la misura del “rischio consentito” (o “adeguato”)⁽¹¹⁾ in relazione a una deter-

La letteratura sulla sentenza *Daubert* è sterminata. Per la dottrina italiana, v. *ex multis* F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*³, Giuffrè, Milano, 2003, p. 436 ss.; F. FALORNI, *La prova scientifica negli Stati Uniti: dal Frye test al Reference Manual on Scientific Evidence*, in *Scienza, diritto e processo*, cit., p. 136 ss.

⁽⁹⁾ L'espressione è di F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 375 ss.

⁽¹⁰⁾ *Ex multis*, v. F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., p. 390 s. e pp. 579-586; F. CENTONZE, *La normalità*, cit., p. 400 ss. Nella letteratura statunitense, v. S. JASANOFF, *Science at the Bar*, cit., pp. 69-92.

⁽¹¹⁾ Non è possibile fornire in questa sede un quadro completo della vastissima letteratura penalistica in tema di rischio consentito. V. *ex multis* V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 1988; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 257 ss.; F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, CEDAM, Padova, 1993, p. 185 ss.; F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Id.*, *Scritti di diritto penale*, Vol. I, tomo I, Giuffrè, Milano, 1997, p. 67 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 32 ss.; F. CENTONZE, *op. cit.*,

minata classe di attività idonee a produrre eventi lesivi; tale attività normativa riceve una legittimazione politica, secondo modalità variabili in ragione dei singoli settori regolati; alle Corti d'appello federali è demandata la cognizione sulla legittimità e sulla conformità ai valori democratici del procedimento normativo; è previsto un rigido sistema di *enforcement* con finalità di prevenzione, segnatamente affidato a due strumenti, *i.e.* le ispezioni e le ingiunzioni; infine, si prevede la possibilità per le aziende di evitare le sanzioni previste per la violazione delle regole suddette, attraverso l'adesione alle proposte di *compliance programs* formulate dall'agenzia di volta in volta competente.

Tale paradigma è espressione di strategie di politica del diritto in gran parte risalenti alla prima metà del XX secolo. Il riferimento va alla scelta, nel quadro del *New Deal* del Presidente Roosevelt, di intervenire in misura maggiore nella regolazione del mercato. Possibilità, quest'ultima, consentita dall'art. I § 8 della Costituzione, che individua, tra i c.d. *enumerated powers* (le materie delegate al potere legislativo federale), la c.d. *commerce clause*, vale a dire la norma costituzionale che demanda al legislatore federale il potere di intervenire in materia di commercio interno ed estero.

Con particolare riferimento alla regolazione del mercato farmaceutico, fondamentale fu l'approvazione nel 1938 del *Federal Food, Drug and Cosmetic Act* (FDCA) ⁽¹²⁾. Tra le novità introdotte vanno rammentate: l'introduzione di un onere di dimostrazione, a carico delle case farmaceutiche, della sicurezza dei propri prodotti prima della loro immissione sul mercato; la regolamentazione dei cosmetici e dei dispositivi terapeutici; la previsione del potere, in capo agli agenti federali, di effettuare delle ispezioni all'interno delle aziende operanti nel settore; nonché l'assegnazione alle Corti federali del potere di emettere ingiunzioni, quale strumento di contrasto alle violazioni della normativa di settore, ulteriore rispetto alle sanzioni e alle misure *lato sensu* ablativo ⁽¹³⁾. Negli anni, il Congresso ha peraltro approvato diversi *Amendments* al testo del 1938, nel segno di una politica di crescente prevenzione dei rischi.

Il FDCA rappresenta dunque il principale — ancorché non esclusivo — *framework* normativo di riferimento della FDA, l'agenzia federale, inquadrata nel *Department of Health and Human Services* (HHS), che, sin dal 1930, presiede alla tutela della salute pubblica. Per fare ciò, essa è in-

p. 80 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*³, Giuffrè, Milano, 2004, p. 361 ss.

⁽¹²⁾ 21 U.S.C. Ch. 9.

⁽¹³⁾ W. JANSSEN, *The Story of the Laws Behind the Labels*, in *FDA Consumer Magazine*, 1981, <https://www.fda.gov/media/116890/download>.

vestita di poteri normativi, potendo in special modo emanare due tipologie di atti: le *regulations*, le quali contengono i precetti cautelari che le aziende del settore devono osservare al fine di garantire la sicurezza e l'efficacia dei prodotti; e le *guidances*, ossia atti di *soft law* con cui l'agenzia descrive la propria posizione in ordine a una certa questione regolatoria. Tale attività normativa non è priva di una "copertura politica". Infatti, a parte l'accennata collocazione dell'agenzia in seno all'*Executive Branch* (nel HHS), a capo della stessa vi è un *Commissioner*, nominato dal Presidente degli Stati Uniti su *advice and consent* del Senato⁽¹⁴⁾, al quale vengono delegati, da parte del Segretario alla Salute (organo di vertice del HHS), tutti i poteri in materia di disciplina farmaceutica discendenti dal FDCA.

Particolare attenzione meritano le *regulations*⁽¹⁵⁾. Sotto il profilo funzionale, come anticipato, esse mirano a garantire la sicurezza e l'efficacia dei prodotti, prevedendo in sintesi due fasi procedurali, la cui analisi, però, necessita di un previo chiarimento in ordine ai principali soggetti coinvolti, a seconda dei casi, in ciascuna di esse ovvero in entrambe: il produttore, lo sponsor e l'*investigator*.

Invero, per "produttore" si intende il soggetto responsabile della progettazione (o programmazione) e/o della produzione di un dispositivo medico, al fine di commercializzarlo in nome proprio; lo "sponsor" è la persona fisica o giuridica che assume la responsabilità di avviare, gestire e finanziare l'indagine clinica su tale dispositivo, vale a dire la sperimentazione sistematica sull'essere umano finalizzata alla verifica della sicurezza e dell'efficacia del *device*; infine, l'"*investigator*" (o "sperimentatore") è il soggetto — solitamente un medico — responsabile della conduzione della sperimentazione clinica.

Ebbene, la prima fase, c.d. *preapproval phase*, comincia con un *basic study* e con il *preclinical development*. In seguito, lo sponsor dello studio sperimentale deposita presso la FDA una *investigational new drug application* (IND), accolta la quale si può procedere con la sperimentazione clinica (di cui si dirà a breve). Il passaggio successivo consiste nel deposito presso l'agenzia di una *new drug application* (NDA). La revisione di una NDA deve indefettibilmente concernere tre elementi: *a*) la sicurezza e l'efficacia di un prodotto in relazione alla destinazione d'uso dichiarata; *b*) l'appropriatezza dell'etichettatura; e *c*) l'adeguatezza dei metodi di produzione, onde assicurare la qualità del prodotto. A tal fine, è importante verificare la coerenza e la correttezza dei dati forniti in merito all'esito (posi-

⁽¹⁴⁾ *FDA Act*, 1988, 21 U.S.C.A. § 393.

⁽¹⁵⁾ *Code of Federal Regulations* (C.F.R.), Tit. 21.

tivo, chiaramente) della sperimentazione del medesimo. Quest'ultima, generalmente, avviene in tre fasi. Il primo *step* consiste nella sperimentazione "in vitro". Successivamente, si passa alla sperimentazione su cavie animali. Infine, si procede con la sperimentazione (su base volontaria) sull'uomo, che prende il nome di "*clinical trial*". Questa, a sua volta, si suddivide in tre sottofasi di studio (*Phase I*, *Phase II* e *Phase III*), caratterizzate da un crescente numero di volontari coinvolti. In particolare, la sperimentazione umana deve auspicabilmente consistere nell'adozione di un protocollo di "sperimentazione controllata randomizzata c.d. a doppio cieco": sostanzialmente, il *device* sotto esame viene applicato casualmente ai vari soggetti che si sottopongono all'indagine, così da aumentare le probabilità che altre variabili, non prese in considerazione dallo studio, si distribuiscano uniformemente all'interno del "gruppo sperimentale"; inoltre, con l'espressione "a doppio cieco" si intende quella modalità di conduzione dello studio tale per cui né lo sperimentatore, né i soggetti coinvolti sono a conoscenza del trattamento assegnato a ciascuno di questi ultimi, onde evitare che il loro comportamento sia in qualche modo influenzato da tale eventuale conoscenza, garantendo in definitiva una valutazione ottimale da parte dello sperimentatore.

Una volta approvata la richiesta di autorizzazione all'immissione sul mercato di un prodotto, si apre la *postapproval phase*, in cui l'agenzia continua a monitorarlo (fintantoché rimane in commercio). In particolare, lo staff dell'agenzia valuta eventuali problemi di sicurezza risultanti da eventi avversi; effettua la revisione di *postapproval studies* se del caso richiesti alla casa produttrice quale condizione per la concessione dell'autorizzazione; analizza la letteratura rilevante; conduce studi attraverso *dataset* informatici, anche con riferimento alle modalità di comunicazione al pubblico dei rischi e dei benefici collegati all'uso di un certo dispositivo; e mantiene stretti contatti con le altre agenzie di regolazione del mercato farmaceutico operanti a livello internazionale⁽¹⁶⁾.

Sia l'emanazione, sia il vaglio di legittimità delle *regulations* sono disciplinati dall'*Administrative Procedure Act* (APA) del 1946. Con riferimento alla prima, viene tipicamente applicato il c.d. *notice and comment rulemaking*, una procedura che consente la consultazione del pubblico prima dell'adozione dell'atto. Sotto il profilo della *judicial review*, il § 10(e) dell'APA prevede che le Corti d'appello federali esercitino un controllo sulla "razionalità" degli atti normativi in questione, potendo tra le

⁽¹⁶⁾ A. DABROWSKA, S. THAUL, *How FDA Approves Drugs and Regulates Their Safety and Effectiveness*, in *Congressional Research Service*, 2018.

altre cose invalidarli ove risultanti «(1) *arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with the law; [...] (3) in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right; (4) without observance of procedure required by the law; (5) unsupported by substantial evidence [...]».*

È previsto poi un articolato sistema di *law enforcement*, in chiave sia *ex ante*, sia *ex post*. Sotto il primo profilo, l'attività è affidata all'*Office of Regulatory Affairs* (ORA), e tutte le attività di verifica della *compliance* aziendale sono disciplinate dai c.d. *compliance programs*, atti di *soft law* che rappresentano un'utile guida tanto per gli ispettori quanto per le aziende sotto osservazione. Sotto il secondo profilo, invece, l'ufficio competente è l'*Office of Criminal Investigation* (OCI) — di cui ci occuperemo a breve — al quale sono demandate le attività di investigazione riguardanti eventuali condotte integranti *serious violations* del FDCA e delle altre leggi rilevanti.

Tra i vari strumenti di *enforcement*, speciale menzione merita anzitutto la richiesta all'autorità giudiziaria di emissione di un'ingiunzione a carico di un'azienda, ove si ritenga che siano in corso violazioni della disciplina di settore⁽¹⁷⁾. Inoltre, l'agenzia può effettuare delle *site inspections*, solitamente collegate alle ingiunzioni, in quanto idonee ad appurare le reali condizioni aziendali e ottenere informazioni specifiche utili ai fini ingiuntivi. Infine, la FDA può notificare a un'azienda delle *warning letters*, ove ritenga che siano state commesse gravi violazioni delle *regulations*: la lettera identifica la violazione e contiene il chiaro avvertimento dell'obbligo di correggere le irregolarità, a tal fine indicando sia alcuni suggerimenti di carattere operativo, sia un termine perentorio entro il quale l'agenzia dovrà essere informata del programma di correzione.

Con particolare riferimento alle ispezioni, queste vengono condotte da agenti FDA all'interno delle aziende. Le ragioni fondanti tale misura sono eterogenee (e.g. la necessità di effettuare indagini successive al riscontro di un problema di *compliance*). Dal punto di vista procedurale, una volta raggiunta la sede dell'azienda sotto indagine, l'agente governativo si qualifica e consegna una *notice of inspection*, chiedendo di essere guidato da un soggetto riconoscibile all'interno dell'organigramma aziendale; solitamente, quindi, esamina il processo produttivo e la documentazione aziendale, raccoglie eventuali elementi di prova e, a conclusione di tale attività, si confronta con il *management* in ordine alle risultanze dell'ispezione e alle

⁽¹⁷⁾ *Investigations Operations Manual* (I.O.M.), Ch. 2, Sub-ch. 2.2, par. 2.2.8, <https://www.fda.gov/inspections-compliance-enforcement-and-criminal-investigations/inspection-references/investigations-operations-manual>.

eventuali questioni emerse, consegnando altresì le *inspectional observations*, ossia rapporti contenenti l'indicazione delle condizioni o prassi aziendali che, a suo giudizio, integrano delle irregolarità. Generalmente, non vengono indicate in dettaglio le azioni correttive da intraprendere; nondimeno, le *inspectional observations* possono essere impiegate dal *management* alla stregua di linee-guida in tal senso. È peraltro consentita, nonché valutata positivamente, l'interlocuzione azienda-FDA già in sede di ispezione, la quale può condurre a una immediata adozione, da parte dell'azienda, delle azioni e/o modifiche procedurali suggerite dall'agenzia⁽¹⁸⁾.

Infine, è previsto un sistema di c.d. *training and continuing education* (rivolto tanto agli operatori sanitari, alle aziende farmaceutiche e ai ricercatori, quanto ai consumatori), il quale mira, tra le altre cose, al “recupero alla legalità” delle aziende ritenute responsabili di violazioni⁽¹⁹⁾.

4. Il ruolo del diritto penale.

La trattazione dei termini di incidenza del diritto penale sul modello sin qui delineato non può non tener conto dell'assetto federale degli USA. La norma costituzionale di riferimento per l'individuazione dell'ambito della giurisdizione federale in materia penale è il citato art. I § 8, che elenca gli *enumerated powers*. Al riguardo, sarebbero solo quattro i casi di espresso rinvio al potere legislativo penale: *a)* contraffazione di titoli e monete; *b)* repressione della pirateria; *c)* reati compiuti in alto mare; *d)* crimini contro il diritto delle genti. Nondimeno, a chiusura dell'elenco degli *enumerated powers* — tra i quali, come anticipato, rileva la *commerce clause* — è presente una disposizione, la c.d. *necessary and proper clause*, che permette al Congresso di approvare tutte le leggi “necessarie” e “adeguate” al fine di esercitare i poteri suddetti⁽²⁰⁾. È questa, dunque, la base giuridica di rango supremo che giustifica l'emanazione di norme penali federali a tutela della disciplina extra-penale di regolazione del mercato, incluso quello farmaceutico.

⁽¹⁸⁾ I.O.M., Ch. 5.

⁽¹⁹⁾ V. <https://www.fda.gov/training-and-continuing-education>.

⁽²⁰⁾ In tema di federalismo e diritto penale negli USA, tra le tante opere della letteratura d'oltreoceano, v. K.F. BRICKEY, *Criminal Mischief: The Federalization of American Criminal Law*, in *Hastings Law Journal*, 46, 4-1995, p. 1135 ss.; R.W. GARNETT, *The New Federalism, the Spending Powers, and Federal Criminal Law*, in *Cornell Law Review*, 89, 1-2003, p. 1 ss.; R. BARKOW, *Federalism and Criminal Law: What Feds Can Learn From the States*, in *Michigan Law Review*, 109, 4-2011, p. 519 ss.; nella dottrina italiana, v. *ex multis* M. PAPA, *Federalismo e diritto penale negli Stati Uniti d'America*, in *Diritto Penale XXI Secolo*, 2013, p. 191 ss.

Sotto quest'ultimo profilo, il sistema di *criminal law enforcement* relativo alle attività della FDA riflette la complessità di un più generale assetto di rapporti tra organi di polizia, organi d'accusa e ruolo della giurisprudenza, difficilmente riconducibili alla semplice alternativa tra obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale. Certamente non possiamo esaurire in questa sede un tema tanto vasto. La trattazione di alcuni elementi, ancorché non esaustivi, sembra comunque opportuna.

Occorre anzitutto richiamare la differenza tra *law in the books* e *law in action* ⁽²¹⁾. Infatti, il panorama delle fattispecie incriminatrici federali astrattamente riferibili alle condotte decettive ai danni dell'agenzia, eventualmente connesse a eventi lesivi della vita e della salute dei consumatori (con ulteriori distinzioni a seconda del ruolo ricoperto dall'agente, e.g. *investigator* o sponsor di uno studio clinico), offre un'ampia gamma di tipi criminosi, spesso connotati da una "straripante" portata applicativa, oltremodo amplificata dall'interpretazione creativa della giurisprudenza, ai limiti — e forse al di là — dei canoni di stretta legalità cui siamo abituati come penalisti di *civil law*. Come si vedrà, però, a tale ampiezza "*in the books*" corrisponde una articolata *selezione "in action"* delle condotte rilevanti.h

L'arsenale sanzionatorio a disposizione degli organi di accusa è estremamente variegato e comprende sia fattispecie "generiche", sia fattispecie "specifiche" previste dal FDCA.

Con riguardo alla prima categoria, viene anzitutto in considerazione la *mail fraud* prevista dal par. 1341 *Tit. 18* dello *U.S. Code*, fattispecie oggetto di un'autentica predilezione e di una larga applicazione da parte dei *prosecutors*, a dispetto del "circoscritto" *nomen iuris*, i cui elementi strutturali sono essenzialmente due: *a*) l'aver escogitato o l'aver inteso escogitare un piano o un artificio diretto a frodare, ovvero ad ottenere denaro o cose attraverso una falsa o fraudolenta rappresentazione o promessa; e *b*) l'uso del mezzo postale al fine di realizzare tale piano o artificio. Va inoltre ricordata la fattispecie "gemella", c.d. *wire fraud*, prevista dal successivo par. 1343, che si differenzia dalla *mail fraud* sotto il profilo strumentale, ossia per il fatto che, in luogo del mezzo postale, l'agente deve impiegare i mezzi di comunicazione elettronica.

Una terza importante fattispecie, *rectius* classe di fattispecie, è costituita dalla *criminal conspiracy*, figura caratteristica degli ordinamenti anglo-americani e prevista a livello federale dal par. 371 *Tit. 18* dello *U.S. Code*, oltre che da diverse disposizioni speciali. Sebbene dunque non vi sia un

⁽²¹⁾ F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*³, Torino, Giappichelli, 2013, p. 34.

solo tipo di *conspiracy*, è nondimeno possibile individuare un nucleo duro comune a tutte le figure, ossia l'incriminazione del mero accordo tra due o più persone diretto alla commissione di un qualsiasi crimine⁽²²⁾.

Particolare importanza assumono poi i reati di *false statements*, dei quali è figura paradigmatica quella prevista dal par. 1001 *Tit. 18* dello *U.S. Code*. Questa, fatta salva l'applicazione di altre disposizioni speciali, incrimina la condotta di chiunque «*in any matter within the jurisdiction of the executive, legislative, or judicial branch of the Government of the United States, knowingly and willfully, (1) falsifies, conceals, or covers up by any trick, scheme, or device a material fact; (2) makes any materially false, fictitious, or fraudulent statement or representation; or (3) makes or uses any false writing or document knowing the same to contain any materially false, fictitious, or fraudulent statement or entry*». Si tratta, a ben vedere, di una disposizione che si presta a letture particolarmente ampie, alle quali la giurisprudenza non si è sottratta. A questo riguardo, è stato affermato il principio secondo cui «*the false statement statute is necessarily couched in very broad terms to encompass the variety of deceptive practices which ingenious individuals might perpetrate upon an increasingly complex government*»⁽²³⁾.

Vanno poi ricordate le fattispecie di *obstruction of justice* e *perjury*, le cui figure generali sono tipizzate, rispettivamente, nei parr. 1503⁽²⁴⁾ e 1621⁽²⁵⁾ *Tit. 18 U.S. Code*.

⁽²²⁾ In giurisprudenza v. *U.S. v. Gold*, 743 F.2d 800, 824 (11th Cir. 1984); *U.S. v. Falcone*, 311 U.S. 205, 210 (1940); *Braverman v. U.S.*, 317 U.S. 49, 53 (1942).

⁽²³⁾ *U.S. v. Massey*, 550 F.2d 300, 305 (5th Cir. 1977).

⁽²⁴⁾ La fattispecie di *influencing or injuring an officer or juror generally* punisce la condotta di chiunque «*corruptly, or by threats or force, or by any threatening letter or communication, endeavors to influence, intimidate, or impede any grand or petit juror, or officer in or of any court of the United States, or officer who may be serving at any examination or other proceeding before any United States magistrate judge or other committing magistrate, in the discharge of his duty, or injures any such grand or petit juror in his person or property on account of any verdict or indictment assented to by him, or on account of his being or having been such juror, or injures any such officer, magistrate judge, or other committing magistrate in his person or property on account of the performance of his official duties, or corruptly or by threats or force, or by any threatening letter or communication, influences, obstructs, or impedes, or endeavors to influence, obstruct, or impede, the due administration of justice [...]*».

⁽²⁵⁾ La figura di *perjury generally* sanziona la condotta di «*whoever (1) having taken an oath before a competent tribunal, officer, or person, in any case in which a law of the United States authorizes an oath to be administered, that he will testify, declare, depose, or certify truly, or that any written testimony, declaration, deposition, or certificate by him subscribed, is true, willfully and contrary to such oath states or subscribes any material matter which he does not believe to be true; or (2) in any declaration, certificate, verifica-*

Come è stato anticipato, accanto alle suddette figure “generiche”, rilevano altresì figure “specifiche” previste dal FDCA, in ordine alle quali sono sorte alcune questioni ermeneutiche.

In primo luogo, viene in considerazione la fattispecie di *failure to prepare and maintain accurate clinical trial data* di cui al combinato disposto dei parr. 331(e), 333(a) e 355(i) FDCA. L’analisi della figura in commento non può che partire dal par. 355(i), che forma la base giuridica per l’emanazione di *regulations*. Queste, a loro volta, possono contenere precisi obblighi, in capo al produttore ovvero allo sponsor dello studio sperimentale, di curare la documentazione relativa ai dati clinici, nonché di fare al riguardo rapporto direttamente alla FDA⁽²⁶⁾. A ciò si lega la tipicizzazione della condotta di «*failure to establish or maintain any record, or make any report, required under section [...] 355(i) [...]*» ex par. 331(e). Infine, il par. 333(a)(1) prevede che «*any person who violates a provision of section 331 of this title shall be imprisoned for not more than one year or fined not more than \$1,000, or both*».

Ebbene, se, da un lato, non sembra che il tenore letterale del par. 355(i) lasci particolari margini di dubbio in ordine alla riferibilità di tale fattispecie al produttore ovvero allo sponsor di un *clinical trial*, dall’altro, la questione che ha maggiormente impegnato la dottrina e la giurisprudenza d’oltreoceano concerne la sua applicabilità alla figura dell’*investigator*, sulla quale è opportuno un chiarimento.

Invero, al fine di dimostrare la sicurezza e l’efficacia di un nuovo dispositivo medico, le case farmaceutiche solitamente assumono, in veste di *investigator*, uno o più medici, incaricandoli di supervisionare lo studio sperimentale. Questi — alla luce dell’elevato rischio di insuccesso degli studi clinici, i quali nondimeno richiedono investimenti di denaro altrettanto elevati — sono esposti a notevoli pressioni (lecite e non) affinché siano raggiunti risultati sperimentali positivi⁽²⁷⁾.

Breve: nei casi in cui un *investigator* ceda a tali pressioni, falsifichi i risultati dei *clinical trial* e, *omisso medio* (cioè “bypassando” lo sponsor o il produttore, che, come anticipato, rappresentano i destinatari diretti degli

tion, or statement [...] under penalty of perjury willfully subscribes as true any material matter which he does not believe to be true; is guilty of perjury [...]».

⁽²⁶⁾ V. SWAMINATHAN, M. AVERY, *FDA Enforcement of Criminal Liability for Clinical Investigator Fraud*, in *Hastings Science and Technology Law Journal*, 4, 2-2012, p. 325 ss.; P.H. BUCY, *Symposium: The Path From Regulator to Hunter: The Exercise of Prosecutorial Discretion in the Investigation of Physicians at Teaching Hospitals*, in *St. Louis Law Journal*, 44, 3-2000, p. 3 ss.

⁽²⁷⁾ S. KLINE, *Scientific Misconduct: A Form of White Coat Crime*, in *The Journal of Pharmacy and Law*, 1-1993, p. 15 s.

obblighi di rapporto all'agenzia, eventualmente previsti dalle *regulations*), trasmetta tali dati alla FDA (determinando, così, un rischio “a valle” per la salute pubblica), può un *prosecutor* perseguirlo per *failure to prepare and maintain accurate clinical trial data*, anziché per *mail/wire fraud* ovvero per *false statements*?

Si tratta di un rischio-reato che, a ben vedere, appare tanto più serio laddove si tenga conto del forte incentivo alla produzione di risultati sperimentali positivi, dal quale spesso dipende la popolarità, il successo professionale e la “busta-paga”-media degli *investigators*: questi, infatti, solitamente vengono retribuiti in proporzione al numero di pazienti arruolati nello studio sperimentale, nonché alla dimensione temporale di tale arruolamento. Sostanzialmente, tanto maggiore risulta il numero dei soggetti sperimentali, quanto più alto è il *paycheck* degli *investigators*. All'evidenza, tale meccanismo può favorire condotte di falsificazione per eccesso del numero dei soggetti sperimentali arruolati, di arruolamento di pazienti inidonei allo studio, di falsificazione dei dati clinici per prevenire l'abbandono dello studio da parte dei pazienti, nonché di mancata segnalazione di eventi avversi⁽²⁸⁾.

La questione interpretativa in parola è ulteriormente complicata dal disposto dello stesso par. 355(i)(4): «*nothing in this subsection shall be construed to require any clinical investigator to submit directly to the Secretary reports on the investigational use of drugs*». Ne consegue che, come si è visto, a differenza del produttore o dello sponsor — essi sì titolari degli obblighi di documentazione e di rapporto alla FDA previsti dalle *regulations*, adottate in virtù del par. 355(i) — nulla imporrebbe agli *investigators* di riferire i dati dello studio direttamente all'agenzia. A rigore, pertanto, allo sperimentatore non potrebbe essere contestata la condotta omissiva tipicizzata nel par. 331(e) e sanzionata in virtù del par. 333(a)(1). È stato vieppiù osservato come laddove, da un lato, gli sperimentatori fossero obbligati a tale *referral* e, dall'altro, la “cultura aziendale” anteponesse la massimizzazione del profitto al raggiungimento degli obiettivi di sicurezza ed efficacia dei prodotti, i dipendenti dello sponsor/produttore incaricati dell'espletamento di certe attività di sperimentazione sotto la supervisione dell'*investigator*, per timore di ripercussioni professionali, potrebbero avere non pochi disincentivi a rivelargli dati sperimentali per ipotesi negativi.

La questione in commento ha impegnato la giurisprudenza. Secondo la Corte del nono circuito pronunciatasi nel caso *Smith*, non sarebbe riscontrabile, all'interno del par. 355(i), alcun obbligo giuridico a carico del-

⁽²⁸⁾ V. SWAMINATHAN-M. AVERY, *FDA Enforcement*, cit., p. 334 s.

l'*investigator* di tenere un'accurata documentazione; pertanto, permanendo un dubbio interpretativo, opererebbe la *rule of lenity*, in buona sostanza corrispondente al nostro criterio *in dubio pro reo*: «*when a criminal statute is ambiguous, courts are reluctant to find criminal liability for those activities which are questionably within its ambit*»⁽²⁹⁾. In una successiva sentenza, nel caso *Garfinkel*, la Corte dell'ottavo circuito ha analizzato l'iter parlamentare del par. 355(i), non riscontrando, al riguardo, alcuna "intenzione del legislatore" di limitare l'ambito di applicazione *ratione personae* ai soli produttori e sponsor, avallando così la tesi estensiva della punibilità agli *investigators*⁽³⁰⁾. In una terza sentenza, nel caso *Palazzo*, la Corte del quinto circuito ha in generale riaffermato quest'ultima tesi, ritenendo la figura in commento applicabile anche agli *investigators* che si rendano autori di una frode in violazione delle *regulations* adottate dalla FDA⁽³¹⁾.

Siamo di fronte, dunque, a un contrasto interpretativo che coinvolge più giudici del medesimo grado (le Corti di circuito costituiscono il giudice di appello federale)? Non sarebbe questo il caso. È stato infatti sostenuto che, se la Corte del nono circuito si trovasse nuovamente di fronte alla medesima questione giuridica, verosimilmente concorderebbe con le soluzioni adottate nelle sentenze *Garfinkel* e *Palazzo*. Invero, successivamente alla sentenza *Smith*, la FDA ha adottato una *regulation* che introduce espressamente un obbligo a carico degli *investigators* di tenere un'accurata documentazione dello studio clinico di loro competenza⁽³²⁾. In altre parole, viene meno il cruciale argomento della *rule of lenity*⁽³³⁾.

Una seconda questione, decisamente più spinosa, riguarda un'altra classe di *offences under the FDCA*.

Giova qui richiamare preliminarmente la classificazione dei reati, tipica dell'ordinamento statunitense, in *felonies* e *misdemeanors*. Eccezionalmente, è lo stesso legislatore a chiarire se una certa condotta integri un *felony* ovvero un *misdemeanor*. Di norma, però, prescindendo da tale chiarimento espresso, la distinzione tra le due categorie di illecito dipende dal differente trattamento sanzionatorio: sono *felonies* quei reati per i quali la legge prevede la pena capitale ovvero una pena detentiva di almeno un anno; sono invece *misdemeanors* tutti gli altri reati⁽³⁴⁾.

⁽²⁹⁾ *U.S. v. Smith*, 740 F.2d 738, 739 (9th Cir. 1984).

⁽³⁰⁾ *U.S. v. Garfinkel*, 29 F.3d 456, 457 (8th Cir. 1994).

⁽³¹⁾ *U.S. v. Palazzo*, 558 F.3d 405, 407 (5th Cir. 2009).

⁽³²⁾ 21 C.F.R. par. 312.62.

⁽³³⁾ V. SWAMINATHAN, M. AVERY, *op. cit.*, p. 345 ss.

⁽³⁴⁾ W.R. LAFAVE, A.W. SCOTT, JR., *Substantive Criminal Law*, Vol. 1, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota, USA), 1986, p. 41 s.

Ciò premesso, il par. 331 vieta la commissione o addirittura la “causazione” di una serie di condotte (tra le quali, come si è visto, rientra quella di *failure to prepare and maintain accurate clinical trial data*), mentre le sanzioni per la violazione di tali divieti sono previste nel par. 333(a). Ebbene, alla luce del par. 2 di quest’ultima disposizione, solo ove tali condotte siano commesse «*with the intent to defraud or mislead*», nonché in caso di precedente condanna per violazione del par. 331, si prevede una pena detentiva superiore a un anno e si può quindi parlare di *felony*. Viceversa, il par. 1 sanziona ogni altro caso di violazione del par. 331 con la “sola” pena della reclusione fino a un anno e/o della pena pecuniaria fino a \$ 1000, configurando quindi un *misdemeanor*, senza prevedere al riguardo alcun criterio di attribuzione soggettiva (c.d. *mens rea*). Ferma l’importanza della distinzione tra *felonies* e *misdemeanors* ai fini della comprensione della questione, allora, appare evidente come il *punctum crucis* risieda piuttosto nel fatto che, per il *misdemeanor* di cui al par. 1 e per i casi di recidiva di cui al par. 2, la legge non prevede alcun requisito soggettivo, dando vita così a una delle poche ipotesi di *strict liability* nell’ordinamento penale federale. Ciò che però impegna maggiormente il dibattito d’oltreoceano è la compenetrazione tra tale quadro normativo e la c.d. *Park Doctrine* (o *Responsible Corporate Officer Doctrine*), stabilita dalla Corte suprema federale nel caso *Park* del 1975, secondo cui si può imputare a un *company official*, ossia un soggetto apicale di una società, un qualsiasi *misdemeanor* previsto dal FDCA materialmente commesso da un sottoposto, nei casi di omessa “prevenzione o correzione del reato”. È opportuno ripercorrere brevemente l’*iter* giurisprudenziale che ha portato a tale pronuncia.

In principio, nel caso *Dotterweich* del 1943, la Corte suprema federale affermò a maggioranza il principio della *strict liability* degli *executives* e dei *managers* di una società per gli illeciti *ex FDCA* commessi dai loro subordinati, auspicandone nondimeno una *fair application* rimessa alla coscienza e alla prudenza degli uffici del pubblico ministero⁽³⁵⁾.

Circa trent’anni più tardi, nel caso *Park*, la Corte tornò sul punto rivisitando e riaffermando il principio della sentenza *Dotterweich*. Il signor Park era presidente e CEO di una catena di distribuzione alimentare. Nell’arco di tre anni, gli ispettori FDA più volte riscontrarono casi di infestazione da roditori all’interno di due magazzini della compagnia adibiti allo stoccaggio di alimenti, e a tal proposito effettuarono regolari notifiche alla società. Ne conseguì l’incriminazione di Park e della società per aver causato l’adulterazione del cibo destinato alla vendita ai sensi del par. 301(k)

⁽³⁵⁾ *U.S. v. Dotterweich*, 320 U.S. 277 (1943).

FDCA. Nel processo di primo grado, la Corte distrettuale istruì la giuria nel senso di dichiarare l'imputato colpevole nella sola misura in cui avesse ritenuto sussistente una sua "responsible relationship" rispetto alle condizioni di salubrità dei magazzini della compagnia, ritenendo in proposito comunque insufficiente la mera qualifica di apicale: la questione era dunque se l'imputato avesse o meno, in virtù della sua posizione nell'organigramma societario, l'autorità e la responsabilità necessarie e sufficienti per intervenire. La giuria emise un verdetto di colpevolezza. In appello, la Corte del quarto circuito riformò la sentenza di primo grado, ritenendo che l'istruzione della giuria avesse consentito la condanna non solo senza prova «*of awareness of some wrongdoing*», ma altresì in assenza di qualsiasi *wrongful action* ⁽³⁶⁾. Pertanto, ordinò che la giuria fosse nuovamente istruita nel senso di richiedere, ai fini della condanna, almeno una «*gross negligence and inattention*» ⁽³⁷⁾. Infine, la Corte suprema federale riformò a sua volta la sentenza di appello, confermando la correttezza dell'arresto di primo grado in quanto il FDCA «*imposes not only a positive duty to seek out and remedy violations when they occur but also, and primarily, a duty to implement measures that will insure that violations will not occur*» ⁽³⁸⁾, e affermando quindi che è solo attraverso la violazione di tale dovere positivo che un *executive* può "causare" la condotta del subordinato che materialmente integra la fattispecie incriminatrice di cui al FDCA.

Volendo tentare uno "scivoloso" inquadramento di tale questione all'interno delle categorie proprie del diritto penale italiano, sembra configurarsi una forma di responsabilità omissiva per *culpa in vigilando* (o *admini-strando*), e non, invece, una responsabilità puramente oggettiva e "da posizione". Il suo nucleo duro consisterebbe nella mancata predisposizione di quelle cautele idonee, ove realizzate, a impedire la commissione dell'altrui reato (o quantomeno a ridurne il rischio). Sotto il profilo obiettivo, tale conclusione troverebbe peraltro un argomento testuale nel par. 331, laddove *espressamente* — è il caso di sottolinearlo — incrimina, oltre alla commissione delle condotte vietate, anche la loro "causazione", sostanzialmente introducendo una forma "speciale" di concorso di persone nel reato. Inoltre, la stessa Corte suprema ha chiaramente affermato la necessità di individuare ai fini della condanna dell'apicale, tra le altre cose, quelli che nel nostro ordinamento costituiscono importanti elementi della responsabilità per omesso impedimento dell'illecito materialmente com-

⁽³⁶⁾ Sul concetto di *wrongdoing*, v. *amplius* G.P. FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2000, pp. 454-491.

⁽³⁷⁾ *U.S. v. Park*, 4999 F.2d 839, 841, 842 (4th Cir. 1974).

⁽³⁸⁾ *U.S. v. Park*, 421 U.S. 672 (1975).

messo da altri, ossia: *a*) una specifica posizione di garanzia in tal senso («*a responsible relation to the situation*»); nonché *b*) un potere *giuridico* «il cui esercizio consente al garante l'impedimento del reato, o, in alcune ipotesi, la neutralizzazione dei suoi effetti»⁽³⁹⁾, potere, questo, che certo rappresenta il fondamento, ma altresì il limite della responsabilità («*authority and responsibility to deal with the situation*»). Per altro verso, la Corte ha statuito che se, da un lato, il FDCA impone all'apicale di esercitare «*the highest standard of foresight and vigilance*», dall'altro, non è consentito incolparlo per il reato materialmente commesso dal sottoposto, ove risulti che, al momento del fatto, si trovava in una situazione di oggettiva impossibilità di prevenire detto reato ovvero era privo del potere di correggere la violazione⁽⁴⁰⁾.

Successivamente alla sentenza *Park*, le Corti inferiori hanno ulteriormente chiarito i requisiti della responsabilità in questione⁽⁴¹⁾. Degna di nota è l'affermazione del principio secondo cui la pubblica accusa deve provare, oltre ogni ragionevole dubbio, il mancato esercizio di quella «*extraordinary care*» che, ove non omessa, avrebbe impedito la commissione dell'illecito o quantomeno consentito la correzione delle sue conseguenze⁽⁴²⁾; requisito, questo, in ordine al quale in dottrina è stato affermato che «*[it, n.d.a.] would then presumably be satisfied by a showing that the method by which subordinates were selected was professionally and responsibly administered and monitored and that there was no indication that the system was ineffective*»⁽⁴³⁾.

Concludendo sul punto, alla luce di una lettura complessiva della sentenza *Park* e dei suoi *follow-up*, sembra che, quale che sia l'«etichetta» (*culpa in vigilando*, *in eligendo*, o *in administrando*), non siamo di fronte a una forma di responsabilità puramente oggettiva. Un convincimento, questo, vieppiù supportato dal fatto che, almeno secondo una parte della dot-

⁽³⁹⁾ Così G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 327 ss.; v. altresì L. BISORI, *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it.*, 4-1997, p. 1339 ss.; D. PULITANO, *Diritto penale*⁸, Giappichelli, Torino, 2019, p. 196 ss.

⁽⁴⁰⁾ *U.S. v. Park*, 421 U.S. 673-676 (1975). V. altresì *U.S. v. Wiesenfeld Warehouse Co.*, 376 U.S. 86, 376 U.S. 91 (1964).

⁽⁴¹⁾ *U.S. v. Iverson*, 162 F.3d 1015, 1024, 1025 (9th Cir. 1998); *U.S. v. Ming Hong*, 242 F.3d 528, 531 (4th Cir. 2001).

⁽⁴²⁾ *U.S. v. New Eng. Grocers Supply Co.*, 488 F. Supp. 230, 234, 236 (D. Mass. 1980).

⁽⁴³⁾ S.C. JONES, *Individual Liability under the Federal Food, Drug, and Cosmetic Act: The Defenses Find a Defendant*, in *Food, Drug, Cosmetic Law Journal*, 39, 3-1984, p. 396 s.

trina americana, la *responsible relation doctrine* individua una responsabilità omissiva che « *substitutes a breach of a duty to act for the conventional act requirement* »⁽⁴⁴⁾.

Il quadro di parte speciale appena delineato conferma, dunque, la “de-bordante” portata applicativa potenziale delle fattispecie penali federali applicabili in caso di violazione della normativa cautelare in materia farmaceutica. Ciò che tuttavia emerge, secondo una prospettiva di *law in action*, è che la piena implementazione della norma penale (c.d. *full enforcement*) non ha in realtà mai luogo, a vantaggio, piuttosto, di un *selective enforcement*, i.e. un processo selettivo di ciò che è “realmente significativo” o, assai più spesso, che risulta “opportuno” punire⁽⁴⁵⁾.

La complessità del potere di selezione penale negli USA — cioè del potere di concludere una controversia già entrata nel circuito del *law enforcement* — è legata all’eterogeneità dei soggetti che vi partecipano e delle relative funzioni. Con speciale riferimento al ruolo delle agenzie (in questo caso della FDA) e dei *prosecutors*, taluni elementi strutturali del sistema di *criminal law enforcement* possono essere individuati.

Anzitutto, va chiarito che all’OCI è affidata la sola attività di indagine preliminare, non anche quella di incriminazione, di cui è titolare, invece, il Dipartimento di giustizia, per mezzo dei suoi *attorneys*, su *referral* dello stesso OCI.

Va altresì sottolineato come, prima ancora della determinazione dello *US attorney* in ordine all’esercizio dell’azione penale, il reato c.d. “chiarito” (i.e. già conosciuto dalle autorità e in relazione al quale è noto il supposto autore) è oggetto di una serie di decisioni «idonee a sospingerlo nel limbo degli accadimenti in concreto non produttivi di effetti giuridici»⁽⁴⁶⁾. Tra i fattori che concorrono a determinare il “momento applicativo” della norma penale, dunque, oltre alla discrezionalità che, com’è noto, contraddistingue l’esercizio dell’azione penale nell’ordinamento USA, va annoverata anche l’ampia discrezionalità degli organi di polizia, di cui, a ben vedere, non sono del tutto chiari sul piano istituzionale e normativo né la portata, né i limiti, rendendola *de facto* addirittura più incisiva e incontrollabile di quella dei *prosecutors*. Il potere selettivo dei pubblici ministeri, a sua volta, ove esercitato in base a *guidelines* interne a uno o più uffici, finisce per individuare “*in action*” più “sotto-fattispecie” all’interno delle norme incriminatrici⁽⁴⁷⁾. Infine, a completare il qua-

⁽⁴⁴⁾ T.S. AAGAARD, *A Fresh Look at the Responsible Relation Doctrine*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 96, 4-2006, p. 1269.

⁽⁴⁵⁾ M. PAPA, *Federalismo*, cit., p. 207 ss.

⁽⁴⁶⁾ *Ibidem*.

dro concorre un ulteriore elemento di complessità, tipico dell'ordinamento nordamericano, cioè la "giustizia contrattata", che nei fatti viene determinata da criteri decisionali eterogenei, sia fondati sulle norme penali sostanziali, sia spuri e ai limiti della giuridicità. Mentre, sotto il primo profilo, l'applicazione di tali criteri può di fatto dar luogo ad autonome ricostruzioni interpretative che spesso sfuggono a qualsiasi controllo giudiziale, sotto il secondo profilo, addirittura, a condizionare l'esito della controversia intervengono criteri di mero fatto, come la posizione di forza delle parti, la consistenza del compendio probatorio, nonché valutazioni di mera e insindacabile opportunità⁽⁴⁸⁾.

5. Conclusioni.

In conclusione, richiamando i tre poli della discussione attorno al tema della gestione del rischio tecnologico-farmaceutico, identificati nelle considerazioni introduttive e sviluppati nei paragrafi successivi, *i.e.* scienza, diritto e politica, si può affermare che le relazioni reciproche tra detti elementi individuano, nel sistema statunitense, un interessante esempio di paradigma interdisciplinare per la soluzione dei problemi che si pongono *in subiecta materia*.

Tirando le somme, sono essenzialmente tre le peculiarità che rendono tale modello degno di attenzione: *a)* il concorso di professionalità e saperi diversi alla individuazione dei problemi e delle relative soluzioni (basti pensare alla eterogenea estrazione disciplinare dei soggetti che, a vario titolo, prestano servizio all'interno delle agenzie, e in special modo in seno alla FDA); *b)* sotto il profilo giuridico, il fatto che tale approccio interdisciplinare si risolva anzitutto nell'"incontro" tra strumenti propriamente penalistici e disciplina extra-penale di gestione dei rischi; e *c)* da una diversa angolazione, la compenetrazione tra strumenti di *hard law* e strumenti di *soft law*.

Tali elementi possono rappresentare utili chiavi di lettura degli assetti di relazione intercorrenti tra gli "attori ordinamentali" che, in vario modo,

⁽⁴⁷⁾ Dalle *guidelines* è opportuno distinguere le c.d. *enforcement priorities or missions*: si tratta di direttive generali di politica criminale, proclamate dal Dipartimento di giustizia, e aventi come destinatari tanto i *prosecutors*, quanto gli organi di polizia.

⁽⁴⁸⁾ M. PAPA, *op. cit.*, p. 207 ss. V. altresì M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, Napoli, 2009, p. 81 ss.; R.A. RUGGIERO, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015; B.L. GARRETT, *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, Harvard University Press, Cambridge (USA)-London, 2014.

condizionano lo sviluppo dei procedimenti penali negli Stati Uniti. Relazioni, queste, che, come precisato, difficilmente possono ridursi all'alternativa tra obbligatorietà e discrezionalità dell'azione penale, quantomeno nei termini in cui questa viene normalmente intesa dal giurista di *civil law*.

Certamente, il modello americano presenta, oltre a punti di forza, anche punti di debolezza. Si è cercato di evidenziarne alcuni: si pensi, ad esempio, ai pericoli insiti nell'estrema discrezionalità che connota l'operare della polizia giudiziaria e dei *prosecutors*. Nondimeno, se è vero che la comparazione giuridica può servire (anche) all'individuazione di soluzioni innovative ai molteplici problemi regolatori che la società contemporanea pone⁽⁴⁹⁾, tra le tante lezioni che possiamo trarre dal modello in questione, un posto di primo piano va riservato proprio all'approccio interdisciplinare, ossia al tentativo di «superare gli steccati tra le scienze al fine di risolvere meglio i problemi e produrre nuova conoscenza», nella consapevolezza che, in natura, le discipline non esistono, essendo solo delle «strutture storicamente determinate» dettate dall'esigenza di far fronte alla sempre crescente complessità della conoscenza e della sua classificazione⁽⁵⁰⁾. Viceversa, esistono i problemi, i quali non sono affatto disciplinari⁽⁵¹⁾. Adottare tale approccio, beninteso, non può risolversi nella dispersione delle varie conoscenze specialistiche in nome del «totem dell'interdisciplinarità», col rischio di pervenire, così, a soluzioni asseritamente «onnicomprensive», ma in realtà «dilettantistiche»; d'altra parte, non può nemmeno voler dire arroccarsi su esasperate posizioni particolaristiche, tali da far perdere la «visione d'insieme» dei problemi presi di mira. Piuttosto, come dimostra la «internalizzazione» in seno alla FDA delle indagini preliminari inerenti alle violazioni della disciplina in materia farmaceutica (l'OCI deve pur sempre «dialogare» con il Dipartimento di giustizia, una volta concluse le investigazioni e in vista di un eventuale esercizio dell'azione penale), si tratta di trovare un equilibrato bilanciamento tra il radicamento nelle discipline e la realizzazione di un fruttuoso dialogo tra *partner* di settori e discipline differenti⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁹⁾ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Milano, 2018, p. 2 s.; F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni*, cit., p. 46 ss.

⁽⁵⁰⁾ G. PASCUZZI, *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*², Zanichelli, Bologna, 2018, p. 176.

⁽⁵¹⁾ F. STELLA, *op. cit.*, p. 15; G. PASCUZZI, *La creatività*, cit., p. 176, che richiama G.D. BREWER, *The challenges of interdisciplinarity*, in *Policy Sciences*, 32, 4-1999, pp. 327-337.

⁽⁵²⁾ G. PASCUZZI, *op. cit.*, p. 178.

Bibliografia

- AAGAARD T.S., *A Fresh Look at the Responsible Relation Doctrine*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 96, 4-2006, pp. 1245-1291.
- BARKOW R., *Federalism and Criminal Law: What Feds Can Learn From the States*, in *Michigan Law Review*, 109, 4-2011, pp. 519-580.
- BASILE F., *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto penale e uomo*, 10-2019.
- BISORI L., *L'omesso impedimento del reato altrui nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Riv. it.*, 4-1997, pp. 1339-1394.
- BREWER G.D., *The challenges of interdisciplinarity*, in *Policy Sciences*, 32, 4-1999, pp. 327-337.
- BRICKEY K.F., *Criminal Mischief: The Federalization of American Criminal Law*, in *Hastings Law Journal*, 46, 4-1995, pp. 1135-1174.
- BRICOLA F., *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in ID., *Scritti di diritto penale*, Vol. I, tomo I, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 67-107.
- BUCY P.H., *Symposium: The Path From Regulator to Hunter: The Exercise of Prosecutorial Discretion in the Investigation of Physicians at Teaching Hospitals*, in *St. Louis Law Journal*, 44, 3-2000, pp. 3-50.
- CAPUTO M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, Napoli, 2009.
- CENTONZE F., *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2004.
- D'ALESSANDRO F., *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2012.
- DABROWSKA A., THAUL S., *How FDA Approves Drugs and Regulates Their Safety and Effectiveness*, in *Congressional Research Service*, 2018.
- FALORNI F., *La prova scientifica negli Stati Uniti: dal Frye test al Reference Manual on Scientific Evidence*, in A. AMATO, G. FLORA, C. VALBONESI (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, Torino, Giappichelli, pp. 133-144.
- FLETCHER G.P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2000.
- FORTI G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1990.
- GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Milano, 2018.
- GARNETT R.W., *The New Federalism, the Spending Powers, and Federal Criminal Law*, in *Cornell Law Review*, 89, 1-2003, pp. 1-94.
- GARRETT B.L., *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, Harvard University Press, Cambridge (USA)-London, 2014.
- GIUNTA F., *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, CEDAM, Padova, 1993.
- GRASSO G., *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 1983.
- JANSEN W., *The Story of the Laws Behind the Labels*, in *FDA Consumer Magazine*, 1981, <https://www.fda.gov/media/116890/download>.
- JASANOFF S., *Science at the Bar: Law, Science, and Technology in America*, Harvard University Press, Cambridge (USA)-London, 1995.
- JONES S.C., *Individual Liability under the Federal Food, Drug, and Cosmetic Act: The Defenses Find a Defendant*, in *Food, Drug, Cosmetic Law Journal*, 39, 3-1984, pp. 385-401.

- KIRCH W. (a cura di), *Encyclopedia of Public Health*, Dordrecht, Springer, 2008, <https://doi.org/10.1007/978-1-4020-5614-7>.
- KLINE S., *Scientific Misconduct: A scientific Form of White Coat Crime*, in *The Journal of Pharmacy and Law*, 1-1993, pp. 15-34.
- LAFAVE W.R., SCOTT A.W., JR., *Substantive Criminal Law*, Vol. 1, West Publishing Co., St. Paul (Minnesota, USA), 1986.
- MCCALL B., *COVID-19 and artificial intelligence: protecting health-care workers and curbing the spread*, in *The Lancet Digital Health*, Vol. 2, 4-2020, pp. 166-167.
- MILITELLO V., *Rischio e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano, 1988.
- ORDISH J., MURFET H., HALL A., *Algorithms as medical devices*, Cambridge, University of Cambridge-PHG Foundation, 2019.
- PALAZZO F., PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato*³, Torino, Giappichelli, 2013.
- PAPA M., *Federalismo e diritto penale negli Stati Uniti d'America*, in *Diritto Penale XXI Secolo*, 2013, pp. 191-220.
- PASCUZZI G., *La creatività del giurista. Tecniche e strategie dell'innovazione giuridica*², Zanichelli, Bologna, 2018.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*⁸, Giappichelli, Torino, 2019.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*³, Giuffrè, Milano, 2004.
- RUGGIERO R.A., *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico*, in *Dir. pen. cont.*, 12 ottobre 2015.
- RUSSELL S.J., NORVIG P., *Artificial Intelligence. A Modern Approach*⁴, Hoboken, Pearson, 2021.
- STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*³, Giuffrè, Milano, 2003.
- SWAMINATHAN V., AVERY M., *FDA Enforcement of Criminal Liability for Clinical Investigator Fraud*, in *Hastings Science and Technology Law Journal*, 4, 2-2012, pp. 325-356.
- VALBONESI C., *Scienza e processo a confronto: brevi riflessioni sul Reference Manual on Scientific Evidence*, in A. AMATO, G. FLORA, C. VALBONESI (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, Torino, Giappichelli, pp. 127-132.

LUCIA MALDONATO

**PARTNERSHIP PUBBLICO-PRIVATO
E DIRITTO PENALE AMBIENTALE:
RIFLESSIONI SULLO STATO ATTUALE
E POSSIBILI SCENARI**

SOMMARIO: 1. Alcune considerazioni preliminari. — 2. Le fattispecie del Testo unico ambiente e i nuovi “ecodelitti”. — 3. La particolarità dell’offesa all’ambiente: il cumulo di condotte. — 4. La prevenzione delle lesioni al bene ambiente: profili critici nell’applicazione del decreto 231/2001. — 5. La necessità di un cambio di prospettiva: la cultura d’impresa. — 6. Alcuni possibili scenari.

1. Alcune considerazioni preliminari.

Il settore che più di ogni altro reclama una logica partecipativa è quello del diritto dell’ambiente: la pubblica Amministrazione è infatti titolare del potere di fissare, attraverso i propri provvedimenti, la porzione di rischio accettabile, contemperando le esigenze di adeguata protezione del bene e le ragioni dello sviluppo economico, secondo il principio guida dello sviluppo sostenibile⁽¹⁾. Ma il potere anzidetto può efficacemente esercitarsi solo a seguito del confronto con gli attori economici coinvolti, onerati di una serie di obblighi di comunicazione, di aggiornamento, di bonifica, obblighi imposti dagli organi amministrativi al fine di risolvere il conflitto tra economia ed ecologia.

Se questo è vero, allora si comprende che l’intervento penale in materia di ambiente si innesta in grande misura su tali forme collaborative, attraverso l’imposizione di sanzioni penali tanto a presidio del potere di con-

⁽¹⁾ Sul principio dello sviluppo sostenibile, guida dell’agire del potere pubblico in materia ambientale, la letteratura è sterminata. Si rinvia, *ex multis* a F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile: la voce flebile dell’altro tra protezione dell’ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010. Di recente, sul tema, cfr. G. ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all’ambiente per lo sviluppo*, in G. ROSSI, M. MONTEDURO, *L’ambiente per lo sviluppo: profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, p. 3 ss.

trollo e delle valutazioni della pubblica amministrazione stessa⁽²⁾, quanto a salvaguardia della corretta esecuzione, da parte dei privati, di quanto stabilito dal potere pubblico o, in alcuni casi, dal giudice con la sentenza di condanna.

Il diritto penale accede, dunque, in funzione sanzionatoria alle valutazioni dell'autorità pubblica, quale strumento chiusura di alcuni momenti di collaborazione tra privati e amministrazione, momenti in cui quest'ultima si serve dell'autonormazione privata, sfruttando il contributo di quei soggetti che abitano l'area di rischio da governare, che sono a questa maggiormente prossimi⁽³⁾.

Le garanzie penalistiche appena menzionate sono molteplici e si può effettuare una *summa divisio* tra le fattispecie più risalenti nel tempo, contemplate all'interno del Testo unico ambiente, da un lato, e le fattispecie introdotte a seguito dell'approvazione della legge 22 maggio 2015, n. 68, che ha innestato all'interno del codice penale i c.d. ecodelitti e, parallelamente, ha inserito nel Testo unico ambiente un'inedita causa di estinzione delle contravvenzioni, disciplinata agli artt. 318-*bis* ss.

Il contributo non ambisce a effettuare una compiuta disamina di tutte le fattispecie anzidette, appare comunque necessario effettuare una breve mappatura delle stesse, ciò al fine di comprendere il panorama esistente, con tutte le criticità che lo caratterizzano. Solo conoscendo tali criticità, infatti, potrà impostarsi una riflessione circa la strategia di prevenzione correntemente in vigore e alcune considerazioni sugli strumenti di intervento più adatti per prevenire quelle gravissime immutazioni del bene ambiente derivanti dall'ordinario esercizio delle attività economiche.

(2) Il dibattito dottrinale sulla natura del diritto penale dell'ambiente si è polarizzato tra chi ritiene che esso sia uno strumento funzionale alla mera tutela delle funzioni di governo e chi diversamente ritiene che si ponga a tutela del bene giuridico ambiente, inteso come sommatoria delle sue componenti. La posizione più convincente è, a parere di scrive, quella che ritiene che il diritto penale ambientale possa e debba tutelare funzioni di governo, sempre che sia visibile sullo sfondo quantomeno un pericolo per il bene protetto. Su questi profili, cfr. F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1117.

(3) È questo il principio basilare sotteso al concetto di autonormazione, intesa come ideale regolativo affidato a comunità di individui legati da comuni interessi economici o professionali. Sull'argomento, cfr. C. PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, p. 261 ss. V. anche il recente contributo di D. BIANCHI, *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 3, pp. 1477 ss.

2. Le fattispecie del Testo unico ambiente e i nuovi “ecodelitti”.

Principiando dalle fattispecie sulle quali dottrina e giurisprudenza hanno avuto modo di pronunciarsi con maggiore frequenza, il Testo unico ambiente contempla, all’art. 257, la contravvenzione di omessa bonifica, con la quale si sanziona chiunque cagioni l’inquinamento del suolo, del sottosuolo, delle acque superficiali o delle acque sotterranee con il superamento delle concentrazioni soglia di rischio.

L’inquinatore è punito con la pena dell’arresto da sei mesi a un anno o con l’ammenda da duemilaseicento euro a ventiseimila euro, qualora non provveda alla bonifica in conformità al progetto approvato dall’autorità competente nell’ambito del procedimento di cui agli artt. 242 e seguenti. La fattispecie contempla poi una circostanza aggravante qualora il trasgressore ometta di effettuare la comunicazione richiesta al momento dell’invenimento di un evento potenzialmente in grado di contaminare il sito.

Elemento centrale della fattispecie è il progetto di bonifica, ossia dell’insieme di interventi atti ad eliminare le fonti di inquinamento o le sostanze inquinanti, che viene sviluppato e attuato attraverso l’azione congiunta di soggetti pubblici (Ministero, Regione, Comune, ARPA, ATS) e privati, secondo linee guida accreditate e che dovrebbero essere costantemente aggiornate alle conoscenze scientifiche più recenti⁽⁴⁾. L’intervento penalistico, in tale contesto, si presta a sanzionare l’omissione da parte dei responsabili del sito⁽⁵⁾, dell’obbligo di porre in essere attività finalizzate al ripristino e alla messa in sicurezza⁽⁶⁾.

Al di là delle notazioni critiche che possono muoversi alla fattispecie sotto il profilo tanto dell’offensività quanto del rispetto del canone della riserva di legge⁽⁷⁾, pare che la questione maggiormente problematica si

⁽⁴⁾ Si rinvia a D. SICLARI, *La bonifica dei siti inquinati tra tutela dell’ambiente e giustiziabilità delle pretese*, Napoli, 2017, p. 52 ss., per un’approfondita indagine in relazione alle fasi che scandiscono il processo di bonifica.

⁽⁵⁾ Sul novero dei soggetti su cui grava l’obbligo di bonifica si rinvia alla recente indagine di A. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale: la bonifica e il ripristino ambientale*, Torino, 2020.

⁽⁶⁾ Sulle differenze tra le operazioni di bonifica e quelle di ripristino, cfr. A. DI LANDRO, *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale*, cit., p. 55 ss.

⁽⁷⁾ In via di mero inciso è necessario precisare che l’inquinamento si ritiene inventato al superamento di valori, fissati in ossequio ad una logica precauzionistica, che non sono flessibili, in quanto non si definisce una procedura per una successiva integrazione, né esaustivi, non essendo valori specificamente inerenti alla singola sostanza in questione. Su tutti questi profili, cfr. C. MICCICHÈ, *Italian administrative regulation and responsibility for Historical Pollution* in F. CENTONZE, S. MANACORDA (a cura di), *Historical pollution. Comparative Legal Responses to Environmental Crimes*, New York, 2017, pp. 177-195.

ponga a monte del sistema delineato dal Testo unico ambiente⁽⁸⁾. Perché l'obbligo di bonifica possa avere senso e le condotte a questo susseguenti essere concretamente in grado di reintegrare il bene nella sua consistenza originaria, deve infatti presupporre un alto livello di efficienza dell'azione della pubblica amministrazione, assieme a un'immediatezza di intervento che non è sempre dato riscontrare⁽⁹⁾.

In più, gli aspetti problematici non sembrano diminuire se si osservano tali norme dalla prospettiva della funzione della pena, poiché la sanzione penale interviene a contaminazione avvenuta e si palesa nel suo volto esclusivamente retributivo. Deve poi considerarsi che la fattispecie in esame è una contravvenzione punita con pena alternativa: ciò consente di ricorrere all'estinzione mediante oblazione e, come la dottrina ha efficacemente evidenziato, è ragionevole ritenere che l'impresa tenderà ad accantonare somme di denaro destinandole al pagamento di eventuali sanzioni. È questo un atteggiamento tipico dell'esercente attività di impresa, che è portato a calcolare preventivamente il costo della sanzione e a monetizzarla⁽¹⁰⁾. A bene vedere, dunque, la condotta anzidetta pone il rischio di sterilizzare gli effetti della sanzione pecuniaria e di ridurre la stessa a mero costo dell'attività inquinante, provocando altresì la distrazione di somme che potrebbero essere più proficuamente investite nel miglioramento dell'organigramma preventivo.

Rimanendo ancora sul piano della complessiva strategia che si fonda sulla collaborazione tra privati e pubblica autorità, è noto che la stessa si è arricchita, in epoca assai recente, di una serie di fattispecie delittuose che da un lato sanzionano con la pena della reclusione le condotte di mancata ottemperanza agli obblighi di bonifica, dall'altro introducono una disci-

⁽⁸⁾ In generale, sull'inefficacia in chiave preventiva della disciplina in materia di omessa bonifica, da ricondurre alla previsione di un trattamento sanzionatorio troppo mite per poter essere «strumento di sollecitazione del privato all'attivazione e al rispetto delle procedure di bonifica dei siti inquinati» si rinvia a D. MICHELETTI, *Sub art. 257, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, in F. (a cura di) GIUNTA, *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, Padova, 2005, p. 337.

⁽⁹⁾ Sulla necessità di rafforzare le strutture tecnico amministrative locali e centrali preposte al governo dell'ambiente, in particolare attraverso il reclutamento di personale con competenze settoriali altamente qualificati, cfr. F. GRASSI, *Le bonifiche come strumento per lo sviluppo: profili di diritto amministrativo*, in G. ROSSI, M. MONTEDURO, *L'ambiente per lo sviluppo: profili giuridici ed economici*, cit., p. 125 ss.

⁽¹⁰⁾ Si è parlato, in dottrina, di “cultura della monetizzazione”, sul punto, v. C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008, p. 35.

plina di favore in tutti i casi di ripristino che venga spontaneamente attuato dall'inquinatore.

Nonostante vi fossero grandi aspettative nei confronti della riforma dei delitti contro l'ambiente, le disposizioni cui ci si riferisce non paiono conferire maggiore effettività al sistema complessivamente inteso: la l. n. 68/2015, come è noto, ha introdotto nel codice penale un nuovo pacchetto di "ecodelitti" e, tra questi, le fattispecie che si pongono a sanzionare con la pena della reclusione le tradizionali forme di collaborazione *post factum*, quali l'art. 452-*decies* c.p., che disciplina le ipotesi di ravvedimento operoso, l'art. 452-*duodecies* c.p., che prevede il ripristino dello stato dei luoghi, e l'art. 452-*terdecies* c.p., che contempla la fattispecie delittuosa di omessa bonifica. Di particolare interesse, poi, è la novella causa di estinzione delle contravvenzioni ambientali *ex artt.* 318-*bis* ss. Tua.

Rispetto alle fattispecie del codice penale che disciplinano la collaborazione *post factum* a seguito della commissione dei delitti di inquinamento e disastro ambientale, la dottrina ha già espresso le più ampie riserve: si tratta infatti di norme che trovano operatività solo a seguito dell'inveramento di un inquinamento o di un disastro, eventi connotati da un ontologico gigantismo⁽¹¹⁾; troppo complesso difatti è il raggiungimento della prova circa la sussistenza dei reati al ricorrere dei quali scattano gli obblighi di collaborazione.

Per quanto attiene più specificamente alla fattispecie delittuosa di omessa bonifica, questa, come confermato dall'orientamento dominante in dottrina, ha applicazione solo rispetto alle omissioni successive alla realizzazione degli eventi di inquinamento o di disastro previsti al titolo VI *bis* del codice penale. Sebbene l'obiettivo sia quello di sanzionare quei soggetti che, dopo aver provocato un fatto gravemente lesivo dell'equilibrio dell'ecosistema persistano in un atteggiamento offensivo del bene giuridico tutelato, omettendo di adeguarsi agli obblighi di bonifica imposti⁽¹²⁾, appare chiaro che la fattispecie delittuosa di omessa bonifica costituisca un presidio orientato esclusivamente a inasprire il carico sanzionatorio in senso retributivo; essa interviene infatti a seguito della consumazione di un fatto lesivo dell'ambiente nel tentativo di ricostituire l'integrità del bene, senza apportare tuttavia alcun miglioramento al sistema dal punto di vista preventivo.

⁽¹¹⁾ In argomento si rinvia alle illuminanti riflessioni di F. PALAZZO, *I nuovi reati ambientali tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2018.

⁽¹²⁾ In tal senso, cfr. C. IAGNEMMA, *La contravvenzione di omessa bonifica*, in N. PISANI, L. CORNACCHIA, *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Bologna, 2018, p. 584.

In maniera pressoché simile, il ravvedimento operoso e il ripristino dello stato dei luoghi conseguono all'accertamento di un inquinamento o di un disastro e, quantunque tentino di recuperare il condannato alle ragioni della salvaguardia ambiente, ciò avviene in un momento in cui l'immutazione ambientale si è già avverata, dunque quando è già troppo tardi⁽¹³⁾.

Se rispetto alle fattispecie delittuose il giudizio complessivo non è particolarmente positivo, si perviene a conclusioni abbastanza simili ponendo mente alla procedura delineata agli artt. 318-*bis* ss. del Testo unico ambiente, con le quali si introduce un originale procedimento estintivo del reato, che si può dipanare al ricorrere di contravvenzioni che non abbiano causato pericolo concreto e attuale di danno alle matrici ecologiche. L'estinzione della contravvenzione consegue all'attuazione di quanto prescritto dalla pubblica autorità per il ripristino dello *status quo ante*⁽¹⁴⁾.

Dopo un iniziale diffuso apprezzamento, la dottrina ha espresso le sue considerazioni critiche rispetto alla nuova causa di estinzione delle contravvenzioni ambientali; non vi è chi non veda che il meccanismo delineato nel Testo unico ambiente nasce con un difetto congenito, ossia quello della non comunicabilità della causa di non punibilità. Difatti, lo sforzo ripristinatorio, che ordinariamente non viene posto in essere dalla persona fisica bensì dall'impresa, non ha riverbero alcuno sulla posizione di quest'ultima e non produce effetto rispetto all'estinzione del fatto per l'ente che si adopera efficacemente per eliminare le conseguenze pericolose della condotta.

La medesima criticità deve rilevarsi poi con riferimento alle fattispecie codicistiche, infatti, anche nei casi di cui agli artt. 452-*decies* e 452-*terdecies* c.p., l'impegno necessario al ripristino seppur normativamente riferito all'agente persona fisica⁽¹⁵⁾, viene realizzato grazie al contributo dell'ente nel suo complesso. Ebbene, anche rispetto a tali fattispecie difetta una norma di coordinamento che consenta all'ente che ponga in essere le condotte ne-

⁽¹³⁾ Sull'incidenza del fattore tempo nella perpetrazione del crimine ambientale e sull'insufficienza del solo diritto penale "retrospettivo" nella strategia di prevenzione dei crimini contro l'ambiente, si rinvia alle riflessioni di G. ROTOLO, "Riconoscibilità" del precepto penale e modelli innovativi di tutela: analisi critica del diritto penale dell'ambiente, Torino, 2018, p. 31 ss.

⁽¹⁴⁾ Per un'analisi della novella causa di estinzione delle contravvenzioni di cui all'art. 318-*bis* cfr. le riflessioni di M.C. AMOROSO, *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d. lgs. 152/2006. Quali direttive per gli organi accertatori?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2015.

⁽¹⁵⁾ In dottrina è stato evidenziato che gli ecolitti nascono come fattispecie strutturate sulla persona giuridica e non sulla persona fisica, in tal senso v. F. PALAZZO, *I nuovi reati ambientali*, cit., p. 331 ss.

cessarie a reintegrare il bene ambiente di ottenere un qualsivoglia beneficio ed è questa una lacuna non superabile se non con una chiara presa di posizione da parte del legislatore⁽¹⁶⁾.

3. La particolarità dell'offesa all'ambiente: il cumulo di condotte.

Il panorama di partenza è quello appena delineato e se l'obiettivo che deve guidare una complessiva politica a tutela dell'ambiente è quello preventivo, pare che tale finalità allo stato attuale non sia tenuta in adeguata considerazione; l'intervento penalistico in funzione di chiusura non sensibilizza adeguatamente gli attori economici, prestandosi piuttosto ad applicare una sanzione a seguito della produzione di un danno. L'inveramento dell'*environmental impairment*, tuttavia, è una condizione rispetto alla quale è assai complesso tornare indietro e addivenire alla completa reintegrazione del bene. In tale prospettiva, il diritto penale, dal carattere retrospettivo, che opera a lesione avvenuta sembra uno strumento poco utile, tanto che pare lecito iniziare a domandarsi se non si pretenda troppo dal diritto penale strutturato sul fatto commesso dalla persona fisica quando si chiede allo stesso di salvare il futuro attraverso la prevenzione dei più gravi danni all'ambiente.

Nel rispondere a questa domanda è necessario prima di tutto considerare le caratteristiche, il profilo di concretezza del bene che si vuole proteggere. L'ambiente, inteso come la sommatoria delle singole componenti è un bene in costante evoluzione, l'insieme delle componenti acqua, aria e terra, che interagiscono in maniera sempre diversa e comunque incontrollabile. Esiste infatti un ineliminabile grado di incertezza sotto il cui influsso gli ecosistemi reagiscono in modo nuovo e inatteso, modificando bruscamente il proprio stato; l'incertezza è poi alimentata da cambiamenti discontinui, da modificazioni difficilmente prevedibili, che negli studi di settore vengono definite "sorprese ecologiche" o anche *interference effects*, fattori di instabilità che rendono impossibile prevedere e prevenire le conseguenze delle condotte che incidono sulle matrici singolarmente considerate⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ La questione della non comunicabilità della causa di estinzione del reato all'ente è stata considerata dal disegno di legge "Terra mia", che contempla una previsione per cui la procedura delle prescrizioni possa essere estesa anche alla persona giuridica. Sul punto cfr. E. DI FIORINO, C. PACCIOLO, "Terra mia": un disegno di legge da rivedere, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 11.

⁽¹⁷⁾ Su questi aspetti v. M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, p. 175, v. anche p. 169. In argomento, nella letteratura specialistica, cfr. C.S. BERTUGLIA, F. VAIO, *Non linearità, caos, complessità. Le dinamiche dei sistemi naturali e sociali*, Torino, 2003, p. 262 e in part. p. 289.

Se particolare è il bene, ancor più peculiare è la modalità con cui si produce il danno all'ambiente.

Bisogna considerare infatti che il bene ambiente è minacciato essenzialmente secondo due modalità: una prima ipotesi è la lesione che deriva dall'attivazione di una fonte di rischio che produce i suoi effetti con carattere di immediatezza, ad esempio lo sversamento incidentale di tonnellate di petrolio in mare o la deflagrazione che può avvenire all'interno di uno stabilimento produttivo. Una diversa ipotesi è l'immutazione ambientale derivante dall'esercizio non adeguatamente controllato dell'attività economica: la manifestazione criminologica sulla quale si sta riflettendo è proprio quest'ultima e riguarda i casi di danno all'ambiente derivante dall'esercizio di attività di per sé lecite. La lesione dell'ambiente effetto dell'esercizio di attività economica possiede un'identità assai peculiare: essa si caratterizza come effetto dell'accumulo di condotte stratificate nel tempo il cui esito dannoso è visibile solo nel lungo periodo⁽¹⁸⁾.

4. La prevenzione delle lesioni al bene ambiente: profili critici nell'applicazione del decreto 231/2001.

A fronte di un bene così caratterizzato e modalità lesive tanto peculiari, è chiaro che avrà senso chiedere un impegno preventivo a chi è in grado di percepire la pericolosità della singola condotta, di controllarla, di osservarne gli effetti nel lungo periodo, a chi è in grado di riconoscere il rischio e adottare le misure più adeguate a neutralizzarlo e a chi possiede la capacità economica e organizzativa per confrontarsi con lo stesso: la persona giuridica.

L'opzione, dunque, è decisamente nel senso di spostare l'intero discorso sul fronte della responsabilità della persona giuridica, secondo un'ottica rinnovata; l'ente potrebbe infatti diventare referente esclusivo delle pretese ordinarie rispetto alla tutela dell'ambiente e dei rimproveri per le lesioni allo stesso in tutti i casi di scorretta o carente organizzazione che ha condotto all'inveramento del fatto lesivo.

Come è noto, nell'ordinamento italiano il sistema di coinvolgimento dell'ente nella prevenzione del rischio reato è delineato all'interno del d.lgs. 231/2001, che si fonda su un approccio che guarda al rischio come

⁽¹⁸⁾ Più diffusamente, sul danno all'ambiente costituente esito della stratificazione di condotte risalenti nel tempo, deve rinviarsi all'approfondita analisi di G. ROTOLO, *Historical pollution: in search of a legal definition*, in F. CENTONZE, S. (a cura di) MANACORDA, *Historical pollution. Comparative Legal Responses to Environmental Crimes*, cit., p. 57 ss.

un'entità da controllare e ridurre⁽¹⁹⁾, attraverso una mappatura dello stesso e la definizione di protocolli preventivi del singolo rischio reato, i modelli di organizzazione e gestione.

Il d.lgs. n. 231/2001, sebbene costituisca un prodotto alquanto giovane della normazione italiana, sembra mostrare nella sua struttura alcune problematiche di fondo, sia in linea generale, sia, ed è ciò che maggiormente interessa, sotto il profilo specifico del contrasto al crimine ambientale, che rendono già evidente la necessità di un ripensamento della sua struttura portante⁽²⁰⁾.

Principiando da tale ultimo profilo, il sistema delineato dal d.lgs. n. 231/2001 si presenta assai carente in tema di prevenzione del rischio reato contro l'ambiente, non soltanto per la mancanza nel catalogo dei reati presupposto di alcuni importanti ecodelitti, quale ad esempio l'impedimento del controllo *ex art. 452-septies*⁽²¹⁾, o per la parificazione sanzionatoria tra fatti di disvalore offensivo del tutto eterogeneo⁽²²⁾, ma anche per problematiche strutturali che originano tutte dal fatto che il modello di responsabilità corporativa italiana è strutturalmente antropomorfo, derivativo, dipendente dalla commissione di un fatto da parte di un componente dell'ente⁽²³⁾.

⁽¹⁹⁾ In relazione alla necessità di superare il modello di gestione delle attività pericolose di stampo *risk based* e sull'importanza di un approccio che riesca a incidere sulla c.d. "cultura di impresa", cfr. J. GOBERT, M. PUNCH, *Rethinking Corporate Crime*, Cambridge University Press, 2003, p. 59 ss.

⁽²⁰⁾ Sull'argomento, per le più recenti proposte della dottrina, cfr. F. CENTONZE, M. MANTOVANI, *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforme*, a Bologna, 2016.

⁽²¹⁾ Per una riflessione approfondita sull'argomento dei reati presupposto e sul sistema di responsabilità dell'ente in materia ambientale, cfr. B. D'OTTAVIO, *La «responsabilità» da reato dell'ente in materia ambientale*, in N. PISANI, L. CORNACCHIA (a cura di), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 663.

⁽²²⁾ Ciò accade, ad esempio, nel caso dei delitti colposi contro l'ambiente. La lettera c) dell'art. 25-undecies prevede la medesima cornice edittale, ossia la sanzione pecuniaria da duecento a cinquecento quote, per i fatti di disastro e di inquinamento ambientali contemplati dall'art. 452-quinquies. In tal maniera fenomeni seppur sensibilmente diversi vengono assoggettati alla medesima cornice sanzionatoria, diversamente da quanto accade rispetto all'ipotesi di reato prevista per la persona fisica. Su questi temi, cfr. C. RUGA RIVA, *I nuovi ecreati: commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015, p. 70.

⁽²³⁾ Si parla in tal senso di modelli di responsabilità derivativi, che si contrappongono ai modelli originari, in base ai quali l'ente risponde per il fatto proprio. Un esempio di tale ultimo modello è quello in vigore nel sistema australiano, che prevede un'ipotesi di reato direttamente ascrivibile alla *corporation*. Su questi temi C. BEATON WELLS, B. FISSE, *Australian Cartel Regulation*, New York, 2012, p. 231. Per una rassegna completa dei modelli di re-

Se quanto appena detto è vero, deve anche considerarsi che, proprio in ragione della complessità organizzativa, non sempre è possibile individuare con certezza l'autore del fatto di reato e tale considerazione vale ancor più rispetto ai reati ambientali, specie se si considera il loro carattere di lungo latenza. In effetti, la stessa complessità organizzativa si presta a essere un contenitore nel quale il fatto del singolo si perde, rendendo complesso individuarne l'autore.

Tale questione non è affatto neutra in quanto, sebbene in linea teorica dovrebbe indurre le autorità inquirenti a effettuare indagini più rigorose e a cercare una maggiore interazione con l'impresa nell'accertamento di quanto accaduto e nella rimozione della falla organizzativa che ha consentito la perpetrazione del fatto di reato, nella pratica si assiste al progressivo consolidarsi di una prassi, che, fondandosi sulla previsione di cui all'art. 8 del d.lgs. 231/2001, mira a coinvolgere l'impresa nel processo al fine di recuperare con maggiore speditezza i profitti illecitamente conseguiti dalla stessa.

È a tutti noto che il decreto 231/2001 contempla l'ipotesi dell'autonomia della responsabilità dell'ente, la quale permane integra anche nel caso in cui non sia stato individuato l'autore del reato o lo stesso non sia imputabile. In forza di tale previsione gli organi inquirenti iscrivono la notizia di reato nei confronti delle imprese al fine di provocare il coinvolgimento dell'ente nel processo e, conseguentemente, inverano pratiche di giustizia negoziata, che per certi versi sono simili ai *deferred prosecution agreements* e ai *non prosecution agreement*, accordi tra imprese e organi inquirenti tipici dell'esperienza americana⁽²⁴⁾. Il terreno della negoziazione tra impresa e organi inquirenti ha ad oggetto la rapida fuoriuscita dell'ente dalla vicenda processuale, così da ridurre con immediatezza l'esposizione mediatica dello stesso e il correlato danno reputazionale. Dato che l'obiettivo è quello di uscire rapidamente dal processo, è chiaro che l'ente sarà portato a collaborare e a restituire i profitti del reato pur di riuscire nell'intento. Pertanto, anche in tale ipotesi, si verifica che l'impresa sarà incentivata a monetizzare preventivamente il prezzo della sanzione⁽²⁵⁾, accantonando i

sponsabilizzazione originari attualmente vigenti, cfr. A.A. ROBINSON, "Corporate culture" as a basis for the criminal liability of corporations, consultabile su <https://media.business-human-rights.org/media/documents/f72634fd87adfd3d31a22f5f4b93150267b8a764.pdf>.

⁽²⁴⁾ Sul sistema americano di agenzie a tutela dell'ambiente, si rinvia all'analisi di F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, p. 385 ss. e di FED. MAZZACUVA, *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, fasc. 2, p. 80 ss.

⁽²⁵⁾ La questione è di particolare interesse in quanto rende evidente come la sanzione penale perda il proprio effetto deterrente rispetto al criminale economico, che razionalizza il messaggio sanzionatorio. Sarà dunque necessario definire un nuovo concetto

fondi necessari e trascurando di operare adeguati investimenti sul fronte della prevenzione del rischio reato.

Al netto di quanto appena segnalato, è questa un'utilizzazione dell'art. 8 che distorce completamente le sue finalità: la previsione era infatti pensata per i casi in cui il reato presupposto fosse stato accertato in tutte le sue componenti, compresa la colpevolezza⁽²⁶⁾, rimanendo solo l'autore non identificato; in origine l'art. 8 costituiva dunque lo strumento attraverso cui colpire le imprese che usavano a proprio favore il contesto organizzativo, rendendolo tanto opaco da non consentire l'accertamento del fatto e del suo autore.

Se da un lato la prassi appena evidenziata consente agli organi inquirenti un pronto incameramento dei profitti illeciti, dall'altro non assicura l'effettiva correzione della falla organizzativa che ha cagionato il fatto reato, lasciando anche in questo caso l'impresa a dover rimeditare la propria struttura nel più completo isolamento e in assenza di qualsivoglia indicazione.

Orbene, è proprio quest'ultimo profilo a costituire la più urgente problematica strutturale del decreto n. 231/2001, ossia quella della solitudine dell'impresa nella definizione dell'organigramma preventivo e nella strutturazione di protocolli di gestione del rischio ambientale che, come si è anticipato, sconta un'incertezza endemica.

Se si guarda a questa questione da una prospettiva più generale si può osservare poi come lo sforzo preventivo dell'ente, già privo di guida, si sia ridotto, nei venti anni di vigenza del decreto n. 231/2001, in un impegno del tutto privo di conseguenze favorevoli per l'impresa stessa. Ci si riferisce al fatto che, come emerso dalle poche pronunce giurisprudenziali sul punto⁽²⁷⁾, di fronte alla diligenza preventiva dell'ente possa non esservi un

di deterrenza, che tenga conto del destinatario del messaggio stesso. Di recente, sul tema delle finalità della pena nei confronti della persona giuridica, cfr. M. CATENACCI, *Sanzioni per l'ente e fini della pena: qualche riflessione*, in V. PLANTAMURA, G.D. SALCUNI (a cura di), *Liber amicorum Adelmo Manna*, Pisa, 2020. V. anche J. MA, M. MARQUIS, *Corporate culture and competition compliance in East Asia*, in *S.C. J. Int'l L. & Bus.*, 2018, 1.

⁽²⁶⁾ La giurisprudenza più recente, tuttavia, si è espressa in un senso diverso, ritenendo sufficiente l'accertamento di un fatto di reato soltanto tipico e antigiusuridico, deprivato dunque del coefficiente di colpevolezza, quale presupposto per attribuire la responsabilità all'ente. In tal senso, cfr. Cass. pen., Sez. VI, 7 luglio 2016 (ud. 10 novembre 2015), n. 28299, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, fasc. 7, pp. 934 ss., con nota di A. ORSINA, *L'autonomia della responsabilità degli enti tra pragmatismo e garanzie*, *ivi*, pp. 935-943.

⁽²⁷⁾ Ci si riferisce alla sentenza di secondo grado emessa nella vicenda Impregilo, cfr. Corte d'Appello di Milano, 21 marzo 2012, n. 1824, sent., Pres. ed est. Paparella, imp. Impregilo Spa.

sicuro riconoscimento della stessa da parte del giudice. Ciò accade anche e soprattutto in ragione della particolare complessità del giudizio sull'idoneità del modello e del fatto che il giudice non possiede idonee competenze in materia⁽²⁸⁾.

È ormai un dato criticato da gran parte della dottrina quello per cui al momento del giudizio sull'idoneità preventiva del modello il giudice potrebbe essere preda della logica *dell'hoc post hoc, ergo hoc propter hoc* e considerare, a lesione avvenuta, il modello originariamente inidoneo.

L'inesistenza di un adeguato incentivo al *commitment* dell'ente, dunque, sembra svuotare ancor di più le previsioni di cui al decreto 231/2001, che in tal maniera strutturate non riescono a fungere da sprone per far sì che l'impresa si doti di un più efficace ed aggiornato sistema di prevenzione dei reati contro l'ambiente.

Ecco, dunque che emerge con ancora maggiore forza il problema di maggiore urgenza insito al sistema 231, ossia il fatto che nella definizione dei protocolli preventivi l'ente è lasciato solo a fronteggiare un rischio incerto e a definire modelli organizzativi per contrastarlo in presenza di conoscenze scientifiche sempre nuove e diverse.

5. La necessità di un cambio di prospettiva: la cultura d'impresa.

Se dunque il ruolo pivotale nella prevenzione è quello dell'impresa, è necessario domandarsi se l'effetto deterrente della sanzione possa avere una qualche utilità al fine di incentivare quest'ultima ad adottare una più efficiente organizzazione. Come la dottrina più accorta segnala⁽²⁹⁾, è stato dimostrato che la minaccia dell'applicazione di sanzioni, anche di una certa severità, non è in grado di contribuire all'ottenimento di un alto livello di *compliance*. Ciò che potrebbe assicurare una maggiore motivazione ad

⁽²⁸⁾ La questione della mancanza in capo al giudice di adeguate competenze aziendalistiche che consentano allo stesso di valutare il modello e le sue eventuali carenze è evidenziata assai efficacemente in C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, fasc. 4, p. 532; v. anche R. LOMBARDI, *Compliance 231 e misure di risk management: la nouvelle vague della "regolazione responsiva" degli attori pubblici economici*, in *Dir. Amm.*, 2019, fasc. 1, pp. 125 ss., che evidenzia come sia imprescindibile che il giudizio venga effettuato sulla scorta di saperi aziendalistici. In argomento cfr. anche F. D'ARCANGELO, *Il sindacato giudiziale sull'idoneità dei Modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2015, p. 51 ss., ove sottolinea che il giudice rimane un consumatore e non un produttore di leggi tanto scientifiche quanto organizzative.

⁽²⁹⁾ In argomento, cfr. J. MA, M. MARQUIS, *Corporate culture and competition compliance in East Asia*, cit., p. 3 ss.

adottare comportamenti rispettosi dei beni giuridici collettivi potrebbe essere, più ragionevolmente, la strutturazione di meccanismi di incentivi e di vincoli, tali da poter indirizzare le condotte. Bisogna infatti tenere ben presente che se si vuole richiedere all'ente di investire nella prevenzione di danni all'ambiente è imprescindibile garantire allo stesso una base sulla quale delineare le proprie politiche interne e, parimenti, un'architettura di incentivi certa e comunque non rimessa alla discrezionalità giudiziaria.

Se è davvero questa la strada, si impone come necessario un percorso che conduca l'ente verso una maggiore consapevolezza tanto dell'importanza del valore protetto quanto delle migliori modalità attraverso cui poter ottenere gli incentivi promessi e tale percorso non può che passare attraverso la ripresa, da parte dell'autorità statale nel suo complesso, di un ruolo di guida per l'impresa.

Tale affermazione vale soprattutto con riferimento al bene ambiente che, proprio per le sue caratteristiche, richiede un processo permanente di valutazione, di diuturno monitoraggio e di spedito intervento, attività che richiedono adeguate e aggiornate competenze, che non possono promanare che da un organo centrale, deputato alla gestione della questione ambientale con carattere di esclusività.

Al di là di valutazioni di carattere tecnico-operativo, è la prospettiva assiologica, l'importanza del bene ambiente a richiedere un più penetrante controllo statale; è necessario, infatti che l'autorità pubblica recuperi un ruolo maggiormente proattivo nella definizione della strategia di lotta al crimine ambientale, in modo da fornire indicazioni circostanziate, che tengano conto dell'assetto effettivo e delle concrete dinamiche produttive dell'impresa medesima.

L'idea di fondo è quella di ingenerare, attraverso l'azione di un'agenzia centrale in cooperazione con le imprese private, processi autoregolativi e autocritici⁽³⁰⁾ rispetto alle imprese che sono in grado di attivare i rischi maggiori, tramite incentivi e procedure che incoraggino a pensare criticamente e creativamente il *business*, così da migliorare le *performances* ambientali, garantendo allo stesso tempo un confronto permanente con l'autorità pubblica.

In effetti, a una attenta analisi, esistono nel nostro ordinamento esperienze di gestione del rischio che si pongono nella prospettiva appena descritta e che delineano uno schema esportabile altresì nel settore ambientale: un esempio virtuoso in tal senso è quello dell'adempimento collabora-

⁽³⁰⁾ È questo l'approccio del diritto ambientale c.d. riflessivo, in argomento cfr. E.W. ORTS, *A reflexive model of environmental regulation*, in *Business Ethics Quarterly*, vol. 5, n. 4, pp. 779-794.

tivo in materia fiscale, che si pone come strumento per prevenire tanto reati quanto illeciti amministrativi. L'adempimento collaborativo si fonda difatti sul dialogo costante tra amministrazione finanziaria ed enti di una determinata dimensione, nella gestione e nel controllo del rischio di natura fiscale interessato dal *business* svolto⁽³¹⁾.

Come è stato evidenziato in dottrina, il sistema così delineato consentirà di raggiungere un livello più elevato dell'efficienza aziendale nel suo complesso posto che, con la riduzione degli accertamenti repressivi e la riduzione del carico sanzionatorio, è ragionevole ritenere che si sprigioneranno risorse da dirottare nel miglioramento dell'organigramma aziendale.

Nelle ipotesi di *cooperative compliance* si offre una modalità attraverso cui addivenire alla creazione di modelli testati e validati con l'amministrazione finanziaria, riducendo così l'esposizione all'apertura a procedimenti penali⁽³²⁾.

Ebbene, l'attuazione di dinamiche collaborative mirate, in cui si guarda all'impresa nella sua specificità, pare la strategia che meglio si attaglia anche al crimine ambientale.

L'idea si pone nel solco delle prospettive del diritto ambientale riflessivo ma anche del c.d. *enforcement piramidale*, un sistema stadiale che tenti di recuperare il contributo collaborativo dell'impresa al monitoraggio e alla protezione del bene.

L'autorità indipendente, che potrebbe strutturarsi prendendo ad esempio l'esperienza dell'*Environmental Protection Agency* americana, come anche quella dell'*Environmental Agency* inglese, attraverso il controllo diretto dell'attività⁽³³⁾, dovrebbe effettuare continui monitoraggi sui presidi preventivi adottati dall'ente, incidendo così sulla stessa "cultura" dell'ente, che potrebbe essere accompagnato verso una maggiore valorizzazione del profilo della sostenibilità ambientale nell'assunzione delle decisioni organiz-

⁽³¹⁾ Il regime di adempimento collaborativo o *cooperative compliance* è disciplinato agli artt. 3 ss. del d.lgs. 128/2015 "Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23, su questo tema cfr. S. DORIGO, *Persone giuridiche e sanzioni amministrative tributarie*, in *Dir. e prat. trib.*, 2018, fasc. 3, p. 1125 ss.

⁽³²⁾ Il legislatore sembra poi aver compreso l'importanza di una gestione maggiormente centralizzata e specifica anche nel settore dell'esposizione ad amianto: è in discussione, infatti, un disegno di legge volto ad introdurre all'interno del nostro ordinamento l'Agenzia nazionale amianto. Sul punto, cfr. S.M. CORSO, *Riflessi processuali penali del Testo Unico Amianto, attualmente al vaglio del Parlamento*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 2, pp. 605-619.

⁽³³⁾ Cfr. C.E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1021.

zative e produttive⁽³⁴⁾, attraverso un approccio che segua dinamicamente l'attività dell'ente. L'Autorità dovrebbe pertanto essere fornita di appositi poteri ispettivi, di controllo, che spazino dalla capillare vigilanza all'imposizione di regole parametrate sul concreto rischio da gestire, secondo un accompagnamento alla definizione della regola cautelativa e una formulazione dialogica e partecipata dei modelli di organizzazione.

Sempre di pertinenza dell'autorità amministrativa dovrebbe poi essere la gestione di tutti quei fatti di "microlesioni", quelle violazioni minime degli *standards* precauzionali, quali ad esempio il superamento dei limiti soglia di inquinamento, adattando la sanzione amministrativa, che dovrà essere diretta esclusivamente nei confronti dell'organizzazione, alle peculiarità della situazione concreta, così come risultante dalle valutazioni di organi specializzati⁽³⁵⁾. La sanzione dovrebbe essere arricchita di componenti per così dire "remediali", incentivando la persona giuridica stessa a provvedere alla *restitutio in integrum* del bene.

In tal senso lo schema delineato agli artt. 318-*bis* ss. del Testo Unico Ambiente potrebbe essere di grande utilità, in quanto apre ad un dialogo tra il contravventore e l'autorità amministrativa a lesione (formale) accertata. Il meccanismo di recente introduzione, traslato nel modello cui ci si riferisce, dovrebbe essere implementato in modo da avere la massima applicazione e in maniera da consentire alla persona giuridica, che di fatto è il soggetto che realmente provvede al pagamento dell'ammenda e all'adempimento delle prescrizioni impartite dall'autorità amministrativa, di beneficiare della causa estintiva.

Un sistema congegnato su modelli di intervento adattivi, volto al costante aggiornamento delle prassi applicative, sulla scorta delle migliori conoscenze disponibili⁽³⁶⁾ non solo garantisce una più efficiente protezione alle risorse ecologiche, ma consente il costante aggiornamento delle modalità operative degli attori economici, sterilizzando così il rischio che le conoscenze emergenti, le *Best Available Techniques*, non ancora diffuse possano essere oggetto di rimproveri per colpa in senso "iperprecauzionale", come accaduto ad esempio nel caso dell'impianto Tirreno Power di Vado Ligure⁽³⁷⁾.

⁽³⁴⁾ Parla di accompagnamento all'osservanza del precetto, secondo logiche proprie della *responsive regulation*, G. ROTOLO, "Riconoscibilità" del precetto, cit., p. 215 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr., F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, 2004, p. 422 ss.

⁽³⁶⁾ Su questi aspetti, cfr. G. ROTOLO, "Riconoscibilità" del precetto, cit., p. 259.

⁽³⁷⁾ Sulla vicenda che ha interessato lo stabilimento di Vado Ligure, v. Trib. Savona, dec. 11 marzo 2014, Giud. Giorgi, in *Dir. pen. cont.*, con nota di S. ZIRULIA, *Fumi*

Con un sistema così congegnato alla sanzione penale rimarrebbe il suo carattere di *extrema ratio*, in quanto manterrebbe il ruolo di strumento in grado di sanzionare direttamente le imprese e solo in quei casi di indifferenza rispetto alle indicazioni della pubblica autorità per la mancata collaborazione della stessa e per il mancato rispetto delle prescrizioni provenienti dall'autorità⁽³⁸⁾, in particolare nei casi in cui da tale condotta derivi un fatto lesivo dell'equilibrio delle matrici ecologiche.

Ciò che sembra più urgente, dunque, è creare una vera “cultura di impresa”⁽³⁹⁾, partendo dalla consapevolezza che le politiche e le procedure di *compliance* non possono essere efficaci a meno che non si crei all'interno della *corporation* un certo grado di consapevolezza e una sensibilità rispetto al fatto che gli obblighi di regolazione non costituiscono un ostacolo nel *decision making* dell'impresa, bensì un imprescindibile *background* dello stesso⁽⁴⁰⁾. È necessario, dunque, un mutamento di approccio che si emancipi dal controllo del rischio e dalla deterrenza, per abbracciare quello dell'innesto di una comune cultura di rispetto del valore ambiente. Un obiettivo simile ha un'immediata ricaduta pratica: si tratterà di selezionare accuratamente il personale⁽⁴¹⁾, di imporre *standard* di produttività raggiungibili e più in generale di creare un clima di reciproca fiducia tra gli appartenenti alla medesima impresa.

di ciminiera e fumus commissi delicti: sequestrati gli impianti Tirreno Power per disastro “sanitario” e ambientale, 8 maggio 2014. In relazione alla questione della progressiva infiltrazione delle conoscenze “emergenti” attraverso i *Best Reference documents* (BREFS) di matrice europea, deve rinviarsi all'indagine di M. BOSI, *Le best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, fasc. 1, pp. 196-211.

⁽³⁸⁾ F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici*, cit., p. 420 ss.

⁽³⁹⁾ Per cultura di impresa deve intendersi quell'insieme di politiche, pratiche diffuse di gestione o ogni altra caratteristica che è incoraggiata o permessa all'interno di un'azienda. Qualora in ossequio a tali politiche si produca la commissione di un fatto reato alcuni ordinamenti contemplano la possibilità di muovere un rimprovero penale nei confronti della sola *corporation*. Un esempio di tali modelli di responsabilità originaria è quello delineato nel *Criminal Code Act* australiano del 1995, sul tema si rinvia a C.M.V. CLARKSON, *Corporate Manslaughter: Need for a Special Offense?*, in CLARKSON, CUNNINGHAM (a cura di), *Criminal Liability for non aggressive Death*, Hampshire, 2008, p. 79 ss.

⁽⁴⁰⁾ R. TOMASIC, *Exploring the limits of corporate culture as a regulatory tool: the case of financial institutions*, in *AJCL LEXIS*, 2017, p. 1 ss.

⁽⁴¹⁾ Sotto questo profilo, sarà essenziale adottare politiche di selezione del personale rigorose, che possano allontanare dalle posizioni apicali soggetti che potrebbero sfruttare la propria posizione per commettere fatti di reato. Con particolare riferimento al criminale aziendale psicopatico e alle politiche di prevenzione per il fatto di reato da questo commesso si rinvia all'analisi di M. BERTOLINO, *Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità, una relazione da scoprire*, in *Criminalia*, 2014, p. 15 ss.

6. Alcuni possibili scenari.

Il raggiungimento di un assetto simile a quello appena descritto non pare poi una prospettiva così complessa da realizzare, atteso che esiste già una realtà che, con le opportune emende, potrebbe costituire terreno di partenza adeguato al fine di strutturare un'autorità indipendente in materia ambientale.

In tale prospettiva, deve porsi mente alla realtà del Sistema nazionale di protezione dell'ambiente.

Il Sistema nazionale a rete per la protezione ambiente, nato a seguito dell'entrata in vigore della legge di Istituzione del Sistema nazionale a rete per la protezione dell'ambiente e disciplina dell'istituto superiore per la protezione e la ricerca ambientale (L. n. 132/2016), configura un ente centrale che costituisce la sintesi di ventuno Agenzie regionali e provinciali, oltre all'ISPRA (istituto per la protezione e la ricerca ambientale), che danno luogo a un nuovo sistema in cui si coniugano le conoscenze dirette del territorio e dei problemi ambientali locali con le politiche nazionali di prevenzione e protezione dell'ambiente. Tra le molteplici funzioni che la legge istitutiva riconosce al sistema vi sono, *ex art. 3 L. n. 132/2016*, assieme al monitoraggio dello stato dell'ambiente e al controllo delle fonti e dei fattori di inquinamento delle matrici ambientali, anche attraverso attività ispettive e di campionamento, quelle di promozione delle conoscenze ufficiali sullo stato ambientale e sulla sua evoluzione (*lett. c*), nonché quelle di supporto tecnico-scientifico alle amministrazioni e agli enti competenti, come anche l'attività istruttoria per il rilascio di autorizzazioni e l'irrogazione di sanzioni (*lett. i*).

Ciò che però è di maggiore interesse è la funzione di supporto tecnico allo sviluppo e all'applicazione di procedure di certificazione della qualità ecologica dei prodotti e dei sistemi di produzione e le funzioni di valutazione comparativa di modelli e strutture organizzative di funzioni e servizi erogati, di sistemi di misurazione e valutazione delle prestazioni, quale attività di confronto finalizzato al raggiungimento di migliori livelli prestazionali (*lett. n*).

È chiaro che il sistema così strutturato non si presta ancora ad assumere i tratti di un'agenzia indipendente in grado di dialogare con le imprese produttrici dei maggiori rischi, purtuttavia sembra che l'idea di un recupero da parte dell'autorità statale di un ruolo di guida, di informazione e di formazione rispetto agli attori economici emerga già dalla disciplina anzidetta. Si tratterebbe dunque di percorrere una strada già parzialmente tracciata, avendo come esempio l'esperienza dell'adempimento collaborativo in materia fiscale.

Un sistema così strutturato costituisce una soluzione originale che potrebbe mettere in salvo l'ordinamento nel suo complesso da quello che ormai costituisce un *leit motiv* della politica criminale contemporanea, ossia il ricorso smodato al diritto penale nel suo volto retributivo. L'approccio anzidetto, poi, scongiurerebbe un pericolo che sembra profilarsi nelle intenzioni riformatrici del legislatore, ossia il ricorso al rimedio delle misure di prevenzione. Il disegno di legge "Terra mia", in discussione alla Camera, infatti, pare voler parificare l'imprenditore che inquina all'esponente di un'associazione a delinquere, con una pericolosa sovrapposizione di categorie criminologiche radicalmente diverse, ossia l'impresa che svolge attività economica lecita e l'impresa strutturalmente criminale. Come la dottrina ha già chiarito, in tal maniera si produrrebbe un appiattimento della reazione sanzionatoria che non terrebbe adeguato conto della profonda diversità tra i diversi fenomeni. È questo un portato dell'atteggiamento che è stato definito come "sanzionorrea"⁽⁴²⁾, ossia la tendenza a ricorrere fideisticamente all'utilizzo della pena, all'introduzione di nuove fattispecie di reato e all'aggravamento delle sanzioni anche e soprattutto rispetto a fenomeni complessi, che necessiterebbero di maggiore comprensione e di riflessioni condivise.

In chiusura delle considerazioni in tema di ambiente non si può trascurare di fare cenno alla questione delle vittime di questa tipologia di crimine, che, in quanto crimine essenzialmente dell'impresa, è in grado di produrre una vittimizzazione ampia e dal carattere pressoché invisibile⁽⁴³⁾.

L'adeguata tutela dell'ambiente e, allo stesso tempo, la salvaguardia delle ragioni dello sviluppo economico non possono far rimanere sullo sfondo le esigenze delle vittime di quei crimini che, oltre a pregiudicare l'ambiente, producono gravose conseguenze sulla vita e la salute di un numero indeterminato di persone⁽⁴⁴⁾.

Di fronte a episodi di disastri ambientali dai quali originano morti e malattie come conseguenza sulla popolazione, vi è l'innata tendenza a ri-

⁽⁴²⁾ L'espressione è di G. FORTI, *La cura delle norme: oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2018, p. 125.

⁽⁴³⁾ Sulla dimensione spazio-temporale del danno ambientale e sull'invisibilità delle sue vittime si cfr. L. NATALI, *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, Torino, 2015, p. 42 ss.

⁽⁴⁴⁾ Come è noto, il crimine economico, di cui il crimine ambientale fa parte, produce una vittimizzazione silente di un numero indeterminato di persone, che si trovano ad essere vittime invisibili del fatto reato. Sul tema delle vittime della criminalità corporate si vedano le riflessioni di A. VISCONTI, *Corporate violence: harmful consequences and victims' needs. An overview*, in G. FORTI, C. MAZZUCATO, A. VISCONTI, S. GIAVAZZI, *Victims and corporations. Legal challenges and empirical findings*, Padova, 2018, p. 149 ss.

porre le aspettative di giustizia nella celebrazione di un processo penale e nella condanna, basti porre mente a quanto accaduto nelle più recenti e tristemente note vicende Eternit e ILVA.

Il problema è enorme, e pare prima di tutto di carattere culturale e in tale prospettiva è necessaria un'opera di sensibilizzazione circa il fatto che il processo penale costituisce la sede che non riesce a dare pienamente soddisfazione alle vittime, in quanto queste rimangono inevitabilmente sullo sfondo. Nondimeno, l'apertura di un processo penale in tutti i casi di disastri lungo latenti si scontra con il decorso del tempo e, inevitabilmente, con l'eventuale esito della declaratoria di avvenuta prescrizione, come d'altronde accaduto nella vicenda Eternit, ove le vittime hanno visto sfumare tutte le loro aspettative proprio a seguito della sentenza con la quale veniva dichiarato estinto per decorso del tempo il delitto di disastro innominato.

Se, dunque, si vuole evitare tanto la flessibilizzazione dei criteri di imputazione della responsabilità penale e, in egual maniera, tutelare le esigenze delle vittime, sarà necessario ripensare anche ai meccanismi di reazione all'inveramento del fatto di reato, che non debbano necessariamente passare per l'apertura e la celebrazione di un processo penale⁽⁴⁵⁾.

Sotto questo profilo, grande interesse suscita l'esperienza della giustizia riparativa, intesa come risoluzione alternativa dei conflitti. Con particolare riferimento alle tematiche dell'ambiente e della salute, nel dicembre 2015 è stato presentato alla Camera arbitrale di Milano un progetto per la mediazione ambientale, progetto che il 26 novembre 2019 è stato approvato in Senato e che mira a introdurre la mediazione quale soluzione dei conflitti ambientali in via stragiudiziale⁽⁴⁶⁾. In tal maniera si concentra in un'unica decisione con efficacia di sentenza ogni questione relativa alla posizione delle vittime del fatto lesivo in via alternativa a processi decennali e frammentati, nelle more dei quali gli inquinamenti si aggravano, a volte irrimediabilmente, e le vittime vedono le proprie pretese sfumare.

Un sistema siffatto appare più idoneo a contemperare le esigenze di adeguata protezione del bene, la tutela delle esigenze delle vittime e le istanze di corretta attribuzione di responsabilità penale, non più articolata in un'ottica iperprecauzionistica, ma contestualizzata in una strategia complessiva di tutela che valorizzi tanto il contributo statale, tanto le forze di

⁽⁴⁵⁾ Si rinvia, sul punto, alle considerazioni sempre attuali di F. STELLA, *Giustizia e modernità. La tutela dell'innocente e la protezione delle vittime*, Milano, 2003.

⁽⁴⁶⁾ Più diffusamente, su questo argomento, cfr. R. BIANCHI, *Accordi ambientali: strumenti per l'attuazione di Direttive UE con valore di legge e soluzioni di conflitti con efficacia di sentenza*, in *Amb. e svil.*, 2020, fasc. 8-9, p. 667 ss.

coloro che al rischio sono maggiormente prossimi e, dunque, maggiormente in grado di operare al fine di ridurlo.

Bibliografia

- AMOROSO M.C., *La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d. lgs. 152/2006. Quali direttive per gli organi accertatori?*, in *Dir. pen. cont.*, 5 novembre 2015.
- BEATON WELLS C., FISSE B., *Australian Cartel Regulation*, New York, 2012.
- BERNASCONI C., *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiridicità, colpevolezza*, Pisa, 2008.
- BERTOLINO M., *Dall'organizzazione all'individuo: crimine economico e personalità, una relazione da scoprire*, in *Criminalia*, 2014, pp. 15-35.
- BERTUGLIA C.S., VAIO F., *Non linearità, caos, complessità. Le dinamiche dei sistemi naturali e sociali*, Torino, 2003.
- BIANCHI D., *Appunti per una teoria dell'autonormazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, fasc. 3, pp. 1477-1526.
- BIANCHI R., *Accordi ambientali: strumenti per l'attuazione di Direttive UE con valore di legge e soluzioni di conflitti con efficacia di sentenza*, in *Amb. e svil.*, 2020, 8-9, pp. 667-670.
- BOSI M., *Le best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2018, fasc. 1, pp. 196-211.
- CAFAGNO M., *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007.
- CATENACCI M., *Sanzioni per l'ente e fini della pena: qualche riflessione*, in PLANTAMURA V., SALCUNI G.D. (a cura di), *Liber amicorum Adelmo Manna*, Pisa, 2020 pp. 87-103.
- CENTONZE F., *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano.
- CENTONZE F., MANTOVANI M., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforme*, Bologna, 2016.
- CLARKSON C.M.V., *Corporate Manslaughter: Need for a Special Offense?*, in CLARKSON, CUNNINGHAM (a cura di), *Criminal Liability for non aggressive Death*, Hampshire, 2008, p. 79 ss.
- CORSO S.M., *Riflessi processuali penali del Testo Unico Amianto, attualmente al vaglio del Parlamento*, in *Arch. pen.*, 2017, fasc. 2, pp. 605-619.
- D'ALESSANDRO F., *Pericolo astratto e limiti soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012.
- D'ARCANGELO F., *Il sindacato giudiziale sull'idoneità dei Modelli organizzativi nella giurisprudenza più recente*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2015, pp. 51-61.
- DI LANDRO A., *La funzione ripristinatoria nel diritto penale ambientale: la bonifica e il ripristino ambientale*, Torino, 2020.
- DI FIORINO E., PACCIOCCA C., *"Terra mia": un disegno di legge da rivedere*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 11.
- DORIGO S., *Persone giuridiche e sanzioni amministrative tributarie*, in *Dir. e prat. trib.*, 2018, fasc. 3, pp. 1112-1127.

- D'OTTAVIO B., *La «responsabilità» da reato dell'ente in materia ambientale*, in PISANI N., CORNACCHIA L. (a cura di), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Bologna, 2018.
- FORTI G., *La cura delle norme: oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2018.
- FRACCHIA F., *Lo sviluppo sostenibile: la voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010.
- GIUNTA F., *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 1097-1123.
- GOBERT J., PUNCH M., *Rethinking Corporate Crime*, Cambridge University Press, 2003.
- GRASSI F., *Le bonifiche come strumento per lo sviluppo: profili di diritto amministrativo*, in ROSSI G., MONTEDURO M., *L'ambiente per lo sviluppo: profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, pp. 125-128.
- IAGNEMMA C., *La contravvenzione di omessa bonifica*, in PISANI N., CORNACCHIA L., *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Bologna, 2018, pp. 584 ss.
- LOMBARDI R., *Compliance 231 e misure di risk management: la nouvelle vague della "regolazione responsiva" degli attori pubblici economici*, in *Dir. Amm.*, 2019, fasc. 1, pp. 125-154.
- MA J., MARQUIS M., *Corporate culture and competition compliance in East Asia*, in *S.C. J. Int'l L. & Bus.*, 2018, 1.
- MAZZACUVA FED., *La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, fasc. 2, pp. 80-88.
- MICCICHÈ C., *Italian administrative regulation and responsibility for Historical Pollution* in CENTONZE F., MANACORDA S., *Historical pollution. Comparative Legal Responses to Environmental Crimes*, New York, 2017, pp. 177-195.
- MICHELETTI D., *Sub art. 257, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152*, in GIUNTA F. (a cura di), *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, Padova, 2005, p. 337.
- NATALI L., *Green criminology. Prospettive emergenti sui crimini ambientali*, Torino, 2015.
- ORTS E.W., *A reflexive model of environmental regulation*, in *Business Ethics Quarterly*, vol. 5, n. 4, pp. 779-794.
- PALAZZO F., *I nuovi reati ambientali tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente*, in *Dir. pen. cont.*, 25 maggio 2018.
- PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1993, pp. 1021 ss.
- PIERGALLINI C., *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, fasc. 4, pp. 530-549.
- PIERGALLINI C., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2015, pp. 261-266.
- ROBINSON A.A., *"Corporate culture" as a basis for the criminal liability of corporations*, consultabile su <https://media.business-humanrights.org/media/documents/f72634fd87adfd3d31a22f5f4b93150267b8a764.pdf>.
- ROTOLO G., *Historical pollution: in search of a legal definition*, in CENTONZE F., MANACORDA S. (a cura di), *Historical pollution. Comparative Legal Responses to Environmental Crimes* New York, 2017, pp. 57-85.
- ROSSI G., *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in ROSSI G., MONTEDURO M., *L'ambiente per lo sviluppo: profili giuridici ed economici*, Torino, 2020, pp. 3-12.

- RUGA RIVA C., *I nuovi ecoreati: commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68*, Torino, 2015.
- SICLARI D., *La bonifica dei siti inquinati tra tutela dell'ambiente e giustiziabilità delle pretese*, Napoli, 2017.
- STELLA F., *Giustizia e modernità. La tutela dell'innocente e la protezione delle vittime*, Milano, 2003.
- TOMASIC R., *Exploring the limits of corporate culture as a regulatory tool: the case of financial institutions*, in *AJCL LEXIS*, 2017, p. 1 ss.
- VISCONTI A., *Corporate violence: harmful consequences and victims' needs. An overview*, in FORTI G., MAZZUCATO C., VISCONTI A., GIAVAZZI S., *Victims and corporations. Legal challenges and empirical findings*, Padova, 2018, pp. 149-178.
- ZIRULIA S., *Fumi di ciminiere e fumus commissi delicti: sequestrati gli impianti Tirreno Power per disastro "sanitario" e ambientale*, 8 maggio 2014.

VERONICA TONDI

REATI AMBIENTALI E SEQUESTRO PREVENTIVO CON EFFETTI “IMPEDITIVI”: IL RUOLO DELLA COOPERAZIONE DELL’ENTE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il sequestro preventivo “impeditivo”: il problema dell’applicabilità nel procedimento *ex* d.lgs. n. 231 del 2001. — 3. Gli effetti impeditivi “indiretti” del sequestro preventivo per equivalente: le previsioni dell’art. 53, d.lgs. n. 231 del 2001. — 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

L’indagine sul ruolo che la cooperazione dell’ente collettivo può esplicare, rispetto all’applicazione di misure cautelari caratterizzate da un’elevata afflittività e da conseguenze particolarmente incisive sull’operatività della persona giuridica, può ritenersi di speciale rilevanza in materia di procedimenti per illeciti ambientali.

Proprio in tale ultimo ambito, invero, si avverte la difficoltà, e spesso la drammaticità, dell’esigenza di operare un bilanciamento tra interessi e valori diversi, che già in ambito processuale — ed in prima istanza in sede cautelare — devono trovare una soluzione.

Vicende giudiziarie ben note, tra cui il celebre caso dell’Ilva di Taranto, hanno costituito l’occasione per l’emersione di un conflitto tra le esigenze di salvaguardia della salute e dell’ambiente, da un lato, e, dall’altro, la prosecuzione di attività produttive, talvolta di rilievo “strategico”, e quindi la tutela della libertà di iniziativa economica e del diritto al lavoro.

Beni, questi, tutti di rango costituzionale — a norma degli artt. 32, 4, 41, 42 Cost. — e quindi tali da richiedere il raggiungimento di un equilibrio adeguato tra le diverse istanze, senza che l’un diritto divenga “tiranno” nei confronti degli altri, secondo quanto posto in luce dalla Corte costituzionale ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Per l’affermazione secondo cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto indivi-

Tanto premesso, in alcuni casi il contemperamento dei diversi interessi è stato realizzato attraverso la sinergia tra le valutazioni operate dall'autorità amministrativa e le conseguenze a queste ricondotte dal legislatore in ordine alle condizioni e ai limiti di liceità della prosecuzione dell'attività produttiva, pur a fronte dell'adozione del provvedimento ablativo. In altre ipotesi, per contro, si tratta di apprezzamenti demandati all'autorità giudiziaria.

La difficoltà di realizzare un equilibrio tra i diversi valori in gioco che possa ritenersi adeguato rende dunque, come si dirà, particolarmente rilevante l'individuazione di forme di interlocuzione della difesa dell'ente, anche al fine di fornire all'organo giurisdizionale gli opportuni elementi da ponderare nella prospettiva della decisione sull'applicazione della misura.

Si avrà dunque riguardo, di seguito, al ruolo che la disciplina di cui al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 assegna a tale cooperazione, quando siano adottati provvedimenti cautelari idonei a incidere sulla prosecuzione dell'attività produttiva, al fine di evitare il protrarsi o l'aggravamento della lesione dei beni giuridicamente protetti. L'attenzione si soffermerà, in particolare, sul sequestro preventivo e sulla sua differente configurazione nel procedimento a carico della persona fisica e in quello nei confronti della persona giuridica.

Tale analisi consentirà quindi di formulare alcune riflessioni sulla differente rilevanza attribuita al contraddittorio in sede cautelare dal decreto e dal codice di procedura penale, e sull'auspicabilità di orientamenti applicativi e interventi normativi che valorizzino tali spazi di interlocuzione.

duare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri», v. Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85, con note di R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione, chi deve prevenire i reati ambientali? Nota alla sentenza "Ilva"*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 1505; M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e "ragionevole" compressione dei diritti. Brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva*, in *www.federalismi.it*, 2014, 3; A. CIERVO, *Esercizi di neo-liberismo: in margine alla sentenza della Corte costituzionale sul caso ILVA*, in *Quest. giust.*, 2014, 2, 125; L. GENINATTI SANTÈ, *"Caso Ilva": la tutela dell'ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013)*, in *Forum quad. cost.*, 2013; V. I. GIGANTE, *I principi "costituzionalmente" tutelati e la loro contrapposizione (dalla sentenza n. 85/2013 Corte Cost. alla sentenza n. 58/2018)*, in *www.ambientediritto.it*, 2019, 4; M. MASSA, *Il commissariamento dell'ILVA e il diritto delle crisi industriali, ivi*; M. MAZZOTTA, *Il "caso Ilva" al vaglio della Corte costituzionale*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2013, 10, 877; M. MEZZANOTTE, *Il "sistema normativo ambientale" nella sentenza ILVA, tra scelte discrezionali e bilanciamento dei diritti*, in *Rassegna parlamentare*, 2013, 3, 669; G. NORI, *A proposito della sentenza ILVA*, in *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 2013, 1, 77; V. ONIDA, *Un conflitto fra poteri sotto la veste della questione di costituzionalità*, in *Riv. A.I.C.*, 2013, 3; D. PULITANÒ, *Giudici tarantini e Corte costituzionale davanti alla prima legge ILVA*, in *Giur. cost.*, 2013, 3, 1498; G. SERENO, *Alcune discutibili affermazioni della Corte sulle leggi in luogo di provvedimento, ivi*, 1511.

2. Il sequestro preventivo “impeditivo”: il problema dell’applicabilità nel procedimento ex d.lgs. n. 231 del 2001.

Come è noto, quando si proceda per reati ambientali a carico delle persone fisiche, un tipico strumento impiegato al fine di impedire che la prosecuzione di determinate attività produttive inquinanti possa determinare la protrazione o l’aggravamento degli effetti dannosi degli illeciti in considerazione è costituito dal sequestro cd. “impeditivo”, di cui all’art. 321, 1° comma, c.p.p.

Diversa è, invece, la configurazione del sequestro preventivo disciplinato, con riguardo alla vicenda processuale che coinvolga l’ente collettivo, dall’art. 53, d.lgs. n. 231/2001, finalizzato alla confisca-sanzione prevista dall’art. 19 del decreto stesso.

Pertanto, la funzione propriamente “preventiva” riferibile al sequestro previsto dall’art. 321, comma 1, c.p.p. resta affidata, nel sistema delineato dall’atto normativo da ultimo richiamato, alle misure interdittive, nonché, eventualmente, alla cautela reale applicata su beni e cose facenti capo all’ente, ma nell’ambito del procedimento penale a carico della persona fisica.

Nondimeno, la Corte di cassazione ha recentemente ammesso il sequestro “impeditivo” anche nei confronti dell’ente collettivo, «non essendovi totale sovrapposizione e quindi incompatibilità logico giuridica tra il suddetto sequestro e le misure interdittive»⁽²⁾.

Proprio tale incompatibilità, infatti, era stata individuata quale *ratio* della scelta del legislatore delegato di non prevedere tale misura, nell’ambito delle cautele reali applicabili all’ente⁽³⁾. Alla luce di tale premessa, il Giudice di legittimità ha quindi indagato l’effettiva fondatezza della tesi sulla ravvisabilità di un simile conflitto di tipo funzionale, al fine di verifi-

(2) Cass., Sez. II, 10 luglio 2018, n. 34293, Sunflower s.r.l., in *C.E.D. Cass.*, Rv. 273515, con nota di L. ROSENDO, *Sequestro impeditivo anche per le persone giuridiche ex d.lgs. 231/2001: un’interpretazione costituzionalmente orientata dal “sapore” additivo*, in *Lexambiente*, 2018, 4, 39.

(3) Di seguito il passaggio della Relazione ministeriale richiamata dalla sentenza: «Per quanto non espressamente previsto dalla legge delega, si è ravvisata la necessità di disciplinare le ipotesi di sequestro preventivo a scopo di confisca e del sequestro conservativo, posto che la loro operatività in ragione del generale rinvio alle regole processuali ordinariamente vigenti — questo espressamente previsto dalla delega — non si sarebbe potuta mettere seriamente in discussione in ragione di una incompatibilità con le sanzioni interdittive irrogabili nei confronti delle persone giuridiche, in realtà non ravvisabile se non in relazione al sequestro preventivo in senso proprio, che pertanto è da ritenersi ipotesi non applicabile nella specie».

care se al sequestro impeditivo possa riconoscersi un ambito di operatività autonomo rispetto ai provvedimenti di natura interdittiva.

La risposta a tale ultimo quesito dovrebbe ritenersi, secondo la Suprema Corte, positiva, essenzialmente per due ordini di ragioni.

La prima risiede nella temporaneità delle cautele interdittive, che si ritiene opposta alla potenziale definitività del sequestro preventivo, in particolare quando sia disposta la confisca *ex* art. 240 c.p. delle cose sottoposte a vincolo, secondo le previsioni dell'art. 323, comma 3, c.p.p.

La seconda attiene, invece, più propriamente agli effetti dei provvedimenti di cui si tratta: «mentre la misura interdittiva ‘paralizza’ l'uso del bene ‘criminogeno’ solo in modo indiretto (quale effetto di una delle misure interdittive), al contrario, il sequestro (e la successiva confisca) colpisce il bene direttamente eliminando, quindi, per sempre, il pericolo che possa essere destinato a commettere altri reati»⁽⁴⁾.

Si richiamano quindi la maggiore duttilità e selettività del sequestro, in quanto applicato su determinati beni pericolosi e “criminogeni”, rispetto alle misure interdittive e al commissariamento di cui all'art. 15 del decreto.

In definitiva, la base normativa per l'estensione, al procedimento a carico dell'ente collettivo, del sequestro impeditivo *ex* art. 321, comma 1, c.p.p., è individuata nel generale rinvio operato dall'art. 34 c.p.p. alle previsioni del codice di rito. Quest'ultima disposizione è stata resa oggetto di un'interpretazione costituzionalmente orientata, volta a fugare i dubbi di compatibilità con la Carta fondamentale «che sorgerebbero laddove si volesse teorizzare per l'ente un regime privilegiato rispetto a quello generale previsto dal codice di rito e, quindi, privare la collettività di un formidabile ed agile strumento di tutela finalizzato ad eliminare dalla circolazione beni criminogeni»⁽⁵⁾.

Tale orientamento applicativo non appare convincente per ragioni di natura letterale e sistematica, e specialmente in considerazione delle conseguenze che ne derivano proprio sul piano della partecipazione dell'ente. Ne risulta, infatti, sacrificato il ruolo che quest'ultimo può prestare ai fini dell'adozione di una decisione idonea a incidere in maniera profonda sulla prosecuzione dell'attività d'impresa, e dunque sugli interessi attinenti alla libertà d'iniziativa economica e al diritto al lavoro, a cui si è fatto riferimento.

Ed invero, in primo luogo la pronuncia appare trascurare il dato normativo, facendo l'art. 53 del decreto espresso riferimento alla sola assoggettabilità a sequestro delle cose di cui è consentita la confisca, a norma dell'art. 19.

(4) Cass. pen., Sez. II, 10 luglio 2018, n. 34293, cit., par. 4.2 della motivazione.

(5) V. ancora, Cass., Sez. II, n. 34293 del 2018.

Una scelta inequivoca di tale tenore non sembra inoltre integrabile, in via interpretativa, in applicazione dell'art. 34 d.lgs. n. 231 del 2001. La precisa delimitazione dell'ambito di operatività del sequestro preventivo a carico dell'ente, unitamente al rinvio, nel citato art. 53, a singole previsioni del codice di rito, in punto di procedimento applicativo e di impugnazioni, appaiono indici della limitazione della misura alla finalità di assicurare l'ablazione patrimoniale disposta in sede di condanna.

Sul piano sistematico, peraltro, si può ritenere che la previsione di quello che è stato definito il « sistema d'applicazione cautelare-processuale delle sanzioni » interdittive⁽⁶⁾, contemperì l'applicazione dei provvedimenti ad efficacia « impeditiva » con l'operatività di meccanismi coerenti con le finalità di prevenzione speciale, di recupero dell'ente alla legalità e di neutralizzazione della fonte del rischio reato, che permeano l'intero impianto sanzionatorio del decreto⁽⁷⁾.

E difatti, gli strumenti idonei a soddisfare le esigenze di cui all'art. 321, comma 1, c.p.p. nel procedimento a carico dell'ente, ossia le misure interdittive — o, ricorrendone i presupposti, l'applicazione del commissariamento già in sede cautelare⁽⁸⁾ — sono indubbiamente provvedimenti caratterizzati da un'elevata afflittività. Essi, tuttavia, sono oggetto di previsioni tali da consentire alla persona giuridica forme di interlocuzione preventiva ed iniziative funzionali a contenere i possibili effetti pregiudizievoli per l'attività d'impresa, rendendosi essa stessa protagonista dell'opera di eliminazione o contenimento delle conseguenze dannose del reato, nonché della riorganizzazione funzionale alle più volte richiamate finalità preventive.

A fronte della richiesta, formulata dall'organo dell'accusa, di applicazione in sede cautelare della misura interdittiva, l'art. 47 d.lgs. n. 231 del 2001 prevede, in primo luogo, una forma di contraddittorio anticipato ri-

(6) Così R. BRICCHETTI, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Giuffrè, Milano, 2002, 268.

(7) V., sul sistema sanzionatorio, *ex multis*, A. BERNASCONI, *L'apparato sanzionatorio*, in A. PRESUTTI e A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2018, 205 ss.; F. D'ARCANGELO, *Le sanzioni pecuniarie e interdittive*, in A. BASSI e F. D'ARCANGELO, *Il sistema della responsabilità da reato dell'ente. Disciplina e prassi applicative*, Milano, 2020, 269 ss.; R. GUERINI, *La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura*, Milano, 2006; V. MONGILLO e M. BELLACOSA, *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, 2020, 289 ss.; C. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in G. LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. LATTANZI, cit., 252; con specifico riferimento alla sospensione delle misure interdittive, cfr. G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, *ivi*, 552 ss. Cfr. anche G. VARRASO, *Il processo penale alle società. Le misure cautelari*, in *Diritto penale delle società*, a cura di G. CANZIO, F. CERQUA, L. LUPARIA, CEDAM, Padova, 2016, 1053 ss.

(8) A norma degli artt. 15 e 45, d.lgs. n. 231 del 2001.

spetto all'adozione del provvedimento del giudice, e non invece rinviato alla sede del riesame. Al medesimo è stata riferita non solo una funzione difensiva, ma altresì una finalità collaborativa "eventuale", idonea a consentire al giudicante un'adeguata ponderazione di interessi⁽⁹⁾.

Inoltre, l'ente, ponendo in essere le "condotte riparatorie" di cui all'art. 17 del decreto, può conseguire, ex art. 49, la sospensione della misura interdittiva, e finanche la sua revoca, nell'ipotesi di positivo esperimento delle stesse. Meccanismo, questo, che pur ponendo alcuni problemi sotto il profilo della presunzione di innocenza, di cui all'art. 27, secondo comma, Cost., e alle carte sovranazionali dei diritti⁽¹⁰⁾, permette alla persona giuridica di rendersi protagonista di un'opera di riorganizzazione e ritorno alla legalità idonea a scongiurare l'adozione della cautela.

In considerazione dell'impatto che misure con effetti interdittivi, anche temporanei, dell'attività della persona giuridica possono spiegare non solo sulla produzione, ma anche sull'occupazione, e finanche sul benessere e sullo sviluppo economico di intere aree territoriali, tale confronto dialettico tra accusa e difesa può rivelarsi utile e benefico ai fini della ponderazione di ed interessi che il giudicante è chiamato ad operare.

La possibilità di soddisfare l'esigenza di prevenire la protrazione o l'aggravamento delle conseguenze pregiudizievoli del reato mediante l'adozione di misure diverse da quella dell'art. 321, comma 1, c.p.p., rispondenti alle logiche peculiari già ricordate, induce inoltre di ritenere non fondata la prospettata violazione dell'art. 3 Cost.

⁽⁹⁾ Così. G. FIDELBO, *Le misure cautelari*, cit., 543 ss. V. anche, sul tema, G. FIDELBO e P. SILVESTRI, *Le cautele interdittive: fisionomia e procedimento applicativo*, in *Responsabilità da reato degli enti*, vol. II, *Diritto processuale*, a cura di G. LATTANZI e P. SEVERINO, Giappichelli, Torino, 2020, 152.

⁽¹⁰⁾ L'ente collettivo è infatti chiamato, al fine di evitare provvedimenti particolarmente gravosi, a riparare le conseguenze dell'illecito prima che sia accertata la sua responsabilità. In questo senso, A. PRESUTTI, *sub art. 49*, in *La responsabilità degli enti: Commento articolo per articolo al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di A. BERNASCONI, C. FIORIO, A. PRESUTTI, CEDAM, Padova, 2008, 435. In senso critico anche P. MOSCARINI, *sub art. 49 d.lgs. 231/2001*, in *Enti e responsabilità da reato: commento al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. LASCO, V. LORIA, M. MORGANTE, Torino, 2017, 607 ss., il quale comunque ritiene il discostamento dai principi, specialmente quando essa sia *in bonam partem*, giustificabile alla luce della particolare gravità delle possibili conseguenze dell'interdizione a carico dell'ente, tanto cautelare, quanto sanzionatoria. In senso critico, più in generale, sulla scelta di rendere il processo penale la sede della « catarsi etica » dell'ente, M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, Giappichelli, Torino, 2017, 52.

3. Gli effetti impeditivi “indiretti” del sequestro preventivo per equivalente: le previsioni dell’art. 53, d.lgs. n. 231 del 2001.

La mancata riconducibilità, in linea generale, di effetti impeditivi al sequestro preventivo a carico dell’ente collettivo è espressa — secondo quanto si è osservato — anche dalla disciplina posta dal d.lgs. n. 231 del 2001 in materia di provvedimento cautelare ablativo per equivalente, applicato sui beni aziendali⁽¹¹⁾.

In tal caso, infatti, a norma dell’art. 53, comma 1-*bis*, del decreto, gli organi sociali dovranno essere ammessi, essi stessi, all’impiego dei beni aziendali con finalità esclusive di salvaguardia della continuità e dello sviluppo dell’attività d’impresa, previa prestazione del consenso, da parte dell’organo designato, ad un novero più o meno ampio di atti gestori. Il tutto sotto il controllo finale del giudice, che potrà adottare gli opportuni provvedimenti, in caso di mancato rispetto di tali finalità, e a cui appaiono doversi riferire poteri di risoluzione di eventuali contrasti tra gli auspici dell’ente e le decisioni del custode⁽¹²⁾.

La disciplina appena menzionata implica dunque una significativa riduzione della discrezionalità del giudice in punto di decisione sulla prosecuzione dell’attività d’impresa, rispetto a quella riferibile al sequestro di beni produttivi a carico delle persone fisiche, di cui agli artt. 104⁽¹³⁾ e 104-*bis*⁽¹⁴⁾ disp. att. c.p.p.

⁽¹¹⁾ In questo senso, M. CERESA GASTALDO, *Procedura penale delle società*, cit., 140; G. VARRASO, *Esecuzione del sequestro preventivo, amministrazione giudiziaria dei beni e tutela dei terzi. Una riforma “senza fine” dell’art. 104 bis disp. att. c.p.p.*, 2019, 10, 1361.

⁽¹²⁾ Cfr. R. NITTI, *La nuova disciplina del sequestro per equivalente a carico degli enti*, in *Cass. pen.*, 2015, 6, 2128 ss.

⁽¹³⁾ La norma dispone in particolare quanto segue: «Il sequestro preventivo è eseguito: (...) c) sui beni aziendali organizzati per l’esercizio di un’impresa, oltre che con le modalità previste per i singoli beni sequestrati, con l’immissione in possesso dell’amministratore, con l’iscrizione del provvedimento nel registro delle imprese presso il quale è iscritta l’impresa;

d) sulle azioni e sulle quote sociali, con l’annotazione nei libri sociali e con l’iscrizione nel registro delle imprese (...)».

⁽¹⁴⁾ A seguito delle modifiche introdotte dall’art. 30, L. 17 ottobre 2017, n. 161 — a cui sono seguite ulteriori interventi sulla disposizione in esame, per effetto degli artt. 6, comma 2, lett. a), d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, e 373, comma 1, lett. a), d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, come modificato dal d.l. 8 aprile 2020, n. 23 — la norma opera un rinvio, con riguardo alla fase esecutiva del sequestro di tali beni, alle previsioni di cui al libro I, titolo III del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione. Secondo tale disciplina, la prosecuzione dell’attività produttiva può essere autorizzata dal giudice sulla base di relazioni presentate dallo stesso amministratore e in ogni caso suscettibili di una ridefinizione alla luce di quanto emerge nel corso della procedura.

A tale riguardo, occorre inoltre ricordare come la giurisprudenza di legittimità si sia espressa nel senso della necessaria subordinazione della concessione della facoltà d'uso degli impianti sequestrati all'imposizione di prescrizioni volte a tutelare i beni giuridici lesi dall'attività illecita. In particolare, «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 essa si pone in evidente contraddizione con le finalità proprie della misura cautelare»⁽¹⁵⁾. Anche sotto tale profilo, pertanto, la cooperazione dell'ente collettivo coinvolto nel procedimento può essere decisivo al fine di realizzare un adeguato contemperamento di interessi, pur a fronte dell'applicazione della misura.

Il rilievo della cooperazione tra pubblico e privato, e la significatività del contributo dell'ente alle scelte attinenti alla prosecuzione dell'attività produttiva, si colgono anche se si ha riguardo alla disciplina concernente società che gestiscono stabilimenti di interesse strategico nazionale, richiamata espressamente, sotto alcuni specifici profili, dall'art. 53, comma 1-*bis*, ult. per., d.lgs. n. 231 del 2001. Si tratta di previsioni che trovano origine nella ben nota vicenda giudiziaria relativa all'Ilva di Taranto.

Come è noto, in tale occasione l'equilibrio tra i diversi valori in gioco è stato individuato dal legislatore⁽¹⁶⁾ sulla base delle valutazioni operate dall'autorità amministrativa, all'esito di un procedimento tale da coinvolgere i diversi soggetti interessati, pubblici e privati, e da chiamare in causa l'individuazione delle migliori tecnologie disponibili⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ Cass. pen., Sez. III, 28 maggio 2015, n. 30482, Trio, in CED Cass., Rv. 264303.

⁽¹⁶⁾ Il primo decreto cd. "salva Ilva", ossia il d.l. 3 dicembre 2012, n. 207, convertito dalla l. 24 dicembre 2012, n. 231, ha consentito al Ministro dell'ambiente — in caso di stabilimento di interesse strategico nazionale, individuato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, al ricorrere di determinati requisiti in punto di lavoratori impiegati e in presenza di una «assoluta necessità di salvaguardia dell'occupazione e della — di autorizzare la prosecuzione dell'autorità produttiva in sede di riesame dell'autorizzazione integrata ambientale, per un periodo massimo di 36 mesi, sotto la condizione dell'adempimento delle prescrizioni ivi contenute. Esso, come è noto, ha poi dettato alcune previsioni concernenti specificamente l'Ilva di Taranto.

⁽¹⁷⁾ V., sul tema, *ex multis*, E. APRILE, *Gli effetti dell'intervento penale sull'economia delle imprese. Nuovi equilibri tra repressione dei reati e continuità delle attività produttive?*, in *Dir. pen. cont.*, 30 novembre 2015; G. ARCONZO, *Note critiche sul "decreto legge ad Ilvam", tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *RTDPC*, 2013, 1, 16; *Id.*, *Il decreto legge*

Si è, difatti, subordinata la prosecuzione dell'attività produttiva all'autorizzazione concessa in sede di riesame dell'autorizzazione integrata ambientale, purché siano rispettate le prescrizioni poste da quest'ultima. Proprio per la ricchezza di tali apporti, la Corte costituzionale, nella già citata sentenza n. 85 del 2013, ha ritenuto «ragionevole», seppure non necessariamente «il migliore in assoluto», il punto di equilibrio individuato⁽¹⁸⁾.

Di poco successiva è la disciplina in materia di commissariamento dell'impresa che gestisca almeno uno stabilimento di interesse strategico nazionale⁽¹⁹⁾, ispirata alla finalità di contemperare la continuità dell'attività aziendale e la protezione dell'ambiente e della salute, a fronte dell'«inosservanza reiterata dell'autorizzazione integrata ambientale». Essa, in particolare, contempla una decisione dell'autorità amministrativa, adottata all'esito di una procedura implicante il contraddittorio con l'impresa interessata, con particolare riguardo alla predisposizione di un «piano delle misure e delle attività di tutela ambientale e sanitaria», dotato di effetti modificativi dell'autorizzazione integrata ambientale.

Tale adozione coinvolge, invero, un apposito comitato di esperti, nonché il commissario straordinario e l'impresa, oltre a molteplici soggetti pubblici, tra i quali gli enti territoriali interessati⁽²⁰⁾. Sulla base del menzionato piano, il commissario straordinario predispone il «piano di conformazione delle attività produttive, che consente la continuazione dell'attività produttiva nel rispetto delle prescrizioni di tutela ambientale, sanitaria e di sicurezza»⁽²¹⁾.

L'incidenza sui provvedimenti di sequestro è stata riferita, in tale normativa, alle somme di denaro sottoposte a sequestro in sede penale, anche a

“ad Ilvam” approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità, *ivi*, 28; R. BIN, *Giurisdizione o amministrazione*, cit., 1505 ss.; ID., *L'Ilva e il soldato Baldini*, in *RTDPC*, 2013, 1, 7; A. MORELLI, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, *ivi*, 2; D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso Ilva*, *ivi*, 44; A. SPERTI, *Alcune riflessioni sui profili costituzionali del decreto Ilva*, in *RTDPC*, 2013, 1, 12; P. TONINI, *Il caso ILVA induce a ripensare le finalità e gli effetti del sequestro preventivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 10, 1158 ss. Cfr. anche, specialmente sul ruolo da riconoscere al giudice, F. VIGANÒ, *Editoriale*, in *Dir. pen. cont.*, 8 aprile 2013.

⁽¹⁸⁾ Corte cost., n. 85 del 2013, cit.

⁽¹⁹⁾ Si fa riferimento, in particolare, al d.l. 4 giugno 2013, n. 61, recante «Nuove disposizioni urgenti a tutela dell'ambiente, della salute e del lavoro nell'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale», convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2013, n. 89. V., al riguardo, M. MASSA, *Il commissariamento dell'Ilva e il diritto delle crisi industriali*, in *Forum Quad. cost.*, 17 giugno 2013.

⁽²⁰⁾ V. l'art. 1, commi 1, 5 e 7, d.l. n. 61 del 2013, cit.

⁽²¹⁾ V. l'art. 1, comma 6, d.l. n. 61 del 2013, cit.

norma del d.lgs. n. 231 del 2001, e dunque a fini di confisca: delle medesime è stato, specificamente, stabilito lo svincolo, con provvedimento del giudice competente, per finalità di adempimento delle prescrizioni contenute nell'a.i.a., e di messa in sicurezza, risanamento e bonifica ambientale⁽²²⁾.

Peraltro, anche al fine di rispettare il principio di proporzionalità della misura, si è disposto che l'offerta di idonee garanzie patrimoniali o finanziarie possa determinare la limitazione del commissariamento allo specifico ramo d'azienda o stabilimento interessato⁽²³⁾.

Le suindicate valutazioni giurisprudenziali trovano essenzialmente conferma⁽²⁴⁾ nella successiva sentenza del 2018⁽²⁵⁾, con cui la Corte costituzionale si è espressa sul nuovo decreto "salva Ilva" del 2015⁽²⁶⁾.

⁽²²⁾ V. l'art. 1, comma 11, d.l. n. 61 del 2013, cit.

⁽²³⁾ V. l'art. 1, comma 1-bis, d.l. n. 61 del 2013, cit.

⁽²⁴⁾ Nel senso della continuità tra le due sentenze, cfr. D. PULITANÒ, *Una nuova "sentenza ILVA"*, cit., 604 ss.

⁽²⁵⁾ Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, con note di E. APRILE, *Sulla ragionevolezza del bilanciamento tra interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva e tutela della salute: una nuova pronuncia della Consulta sulla "vicenda ILVA"*, in *Cass. pen.*, 2018, 6, 1961; G. CATALISANO, *Il caso Ilva: commento alla sentenza n. 58/2018 della Corte costituzionale*, in *www.ambientediritto.it*, 2018; S. FREGA, *L'Ilva di Taranto di nuovo di fronte alla Corte costituzionale (osservazioni alla sentenza n. 58 del 2018)*, in *www.giurcost.org*, 2018, 2; V. I. GIGANTE, *I principi "costituzionalmente" tutelati e la loro contrapposizione (dalla sentenza n. 85/2013 Corte Cost. alla sentenza n. 58/2018)*, in *www.ambientediritto.it*, 2019, 4; C. LARINNI, *Lecita l'attività produttiva in aziende sottoposte a sequestro preventivo se bilanciati gli interessi costituzionalmente protetti*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 10, 1296; R. ROMBOLI, *Nota a Corte cost., sent. 58/2018*, in *Foro it.*, 2018, 4, 1078; S. ZIRULLIA, *Sequestro preventivo e sicurezza sul lavoro: illegittimo il decreto "salva-Ilva"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 947. V. anche, al riguardo, T. GIARNIER, *Della ponderazione di un "valore primario". Il caso Ilva sotto la lente della Corte costituzionale*, in *Diritto e società*, 2018, 2, 173.

⁽²⁶⁾ Le disposizioni censurate erano, in particolare, l'art. 3, d.l. 4 luglio 2015, n. 92, e gli artt. 1, comma 2, e comma, e 21-octies l. 6 agosto 2015, n. 132, di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, che avevano rispettivamente abrogato l'art. 3 d.l. n. 92/2015, facendo salvi gli effetti giuridici sino a quel momento prodottisi, e contestualmente reintrodotta la disposizione abrogata. L'art. 3 del d.l. prevedeva che: «Al fine di garantire il necessario 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, nonché delle finalità di giustizia, l'esercizio dell'attività di impresa degli stabilimenti di interesse strategico nazionale non è impedito dal provvedimento di sequestro, come già previsto dall'articolo 1, comma 4, del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231, quando lo stesso si riferisca ad ipotesi di reato inerenti alla sicurezza dei lavoratori». Posta l'impossibilità di protrazione della stessa per un periodo di tempo superiore a 12 mesi dall'adozione del provvedimento di sequestro, si era altresì stabilito che «per la prosecuzione dell'attività degli stabilimenti di cui al comma 1, senza soluzione di continuità, l'im-

Se si limita l'analisi a quanto di interesse in questa sede, sembra restare impregiudicata la valutazione sulla legittimità del ricorso alla combinazione tra intervento legislativo e provvedimento dell'autorità amministrativa ai fini del raggiungimento di un ragionevole e congruo temperamento degli interessi costituzionali coinvolti.

Nondimeno, l'apporto del soggetto destinatario della misura deve essere inserito nell'ambito di un procedimento idoneo a consentire proprio la compartecipazione di soggetti pubblici e privati, valorizzati nella pronuncia precedente, e gli apporti tecnici idonei a consentire un sacrificio non eccessivo dei beni dell'ambiente e della salute.

Non risulta, per contro, adeguata una disciplina tale da subordinare la prosecuzione dell'attività alla predisposizione unilaterale di un "piano" ad opera della stessa parte privata destinataria del sequestro, senza alcuna forma di coinvolgimento di altri soggetti, e senza che si fosse imposta l'adozione di misure immediate e tempestive a tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori. Il tutto, in difetto di alcuna previsione di forme di controllo e di tutela dell'autorità giudiziaria o amministrativa, facendosi totale affidamento sull'autoresponsabilità del privato⁽²⁷⁾.

In seguito, il succedersi, specialmente dopo il 2012⁽²⁸⁾, di diversi provvedimenti "salva Ilva", e il connesso ritardo nell'adozione delle misure a tutela dell'ambiente e della salute, hanno condotto la Corte di Strasburgo a ritenere insoddisfacente l'equilibrio individuato dalle competenti autorità dello Stato italiano tra l'interesse dei ricorrenti a non subire gravi danni ambientali suscettibili di ripercuotersi sul loro benessere, da un lato, e l'interesse della società complessivamente intesa, dall'altro⁽²⁹⁾. La Corte ha, pertanto, ravvisato la violazione dell'art. 8 della Convenzione, ritenendo che le autorità nazionali non avessero adottato tutte le misure necessarie

presa deve predisporre, nel termine perentorio di 30 giorni dall'adozione del provvedimento di sequestro, un piano recante misure e attività aggiuntive, anche di tipo provvisorio, per la tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro, riferite all'impianto oggetto del provvedimento di sequestro. L'avvenuta predisposizione del piano è comunicata all'autorità giudiziaria precedente».

⁽²⁷⁾ Corte cost., n. 58 del 2018, cit., par. 3.1, 3.2 e 3.3 della motivazione.

⁽²⁸⁾ V., sull'evoluzione normativa, i par. 46 ss. della sentenza di cui alla nota successiva.

⁽²⁹⁾ Corte e.d.u., Sez. I, 24 gennaio 2019, Cordella e a. c. Italia, in *Dir. pen. cont.*, 19 marzo 2019, con nota di S. ZIRULIA, *Ambiente e diritti umani nella sentenza della corte di Strasburgo sul caso Ilva*. V., in particolare, sull'inadeguatezza del bilanciamento di interessi, il § 173 della motivazione. Cfr. anche C. LUZZI, *Il "caso Ilva" nel dialogo tra le Corti (osservazioni a margine della sentenza Cordella e altri c. Italia della Corte Edu)*, in *www.giurcost.org*, 2019, 2; T. GUARNIER, *Ancora sul caso Ilva... sotto la lente della Corte di Strasburgo*, in *Diritto e società*, 2018, 3, 485.

per assicurare la tutela effettiva del diritto alla vita privata dei ricorrenti stessi.

Tale decisione costituisce un ulteriore indicatore della complessità insita nell'individuazione di un soddisfacente equilibrio tra i valori in gioco, che deve giovare di un rapporto di reale sinergia e collaborazione tra i diversi attori coinvolti, al fine di evitare l'eccessiva e inaccettabile compressione di taluni diritti di rango costituzionale.

4. Considerazioni conclusive.

In definitiva, quando sia adottata, a carico dell'ente collettivo, una misura tale da incidere sulla prosecuzione della sua attività, appare opportuno individuare soluzioni tese all'estensione, e non già al contenimento, degli spazi di interlocuzione della persona giuridica, per ricercare le modalità di migliore realizzazione del bilanciamento di interessi più volte richiamato.

Ed anzi, un analogo contraddittorio anticipato potrebbe ritenersi auspicabile anche nel procedimento a carico della persona fisica, quando l'applicazione di misure cautelari, quali il sequestro preventivo *ex art.* 321, comma 1, c.p.p., possa comportare l'interruzione temporanea dell'attività imprenditoriale. Si tratta, invero, in linea generale, di casi in cui non si avverte come in altri l'esigenza di assicurare che il provvedimento sia eseguito "a sorpresa": anche in tale ipotesi, il destinatario della misura potrebbe fornire un apporto rilevante ai fini dell'individuazione delle condizioni alle quali possa subordinarsi la continuità aziendale, o della determinazione di possibili alternative alla completa cessazione dell'operatività della persona giuridica, senza attendere la sede del riesame cautelare.

Essenziale è comunque garantire che, coerentemente con le indicazioni della giurisprudenza costituzionale, il contributo che l'ente interessato può prestare al fine di contemperare la prosecuzione dell'attività d'impresa con la salvaguardia dei beni dell'ambiente e della salute si svolga secondo modalità tali da assicurare un'effettiva tutela "sistemica" dei valori coinvolti, nella menzionata interlocuzione tra soggetti pubblici e privati.

FILIPPO VENTURI

**ANALISI CRITICA DELLA DISCIPLINA
DELLA COOPERAZIONE PUBBLICO-PRIVATO
NEL RISANAMENTO DEI SITI CONTAMINATI MEDIANTE
IL PARADIGMA DELLA *ENFORCEMENT PYRAMID***

SOMMARIO: 1. L'architettura "stadiale" di tutela penale dell'ambiente. — 2. Il paradigma della *responsive regulation*. — 3. Ricostruzione della disciplina della bonifica mediante il modello della *enforcement pyramid*. La normativa amministrativa. — 3.1. I reati che presidiano l'obbligo di bonifica — 3.2. Gli istituti che premiano l'adempimento dell'obbligo di bonifica. — 3.3. La pena inflitta in caso di inadempimento dell'obbligo di bonifica. — 3.4. Spunti *de iure condendo*. — 4. La bonifica nel sistema della responsabilità *ex crimine* degli enti. — 5. Note conclusive.

1. L'architettura "stadiale" di tutela penale dell'ambiente.

Lo scopo del presente contributo è tentare di ricostruire la "labirintica" ⁽¹⁾ normativa in materia di bonifica e ripristino dei siti contaminati ⁽²⁾ mediante un paradigma concettuale che solo recentemente ha destato l'at-

⁽¹⁾ L'icastica espressione è di A. DI LANDRO, *Bonifiche: il labirinto della legislazione ambientale dove le responsabilità penali "si perdono"*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 1 ss.

⁽²⁾ Nel presente studio, i termini "bonifica", "ripristino", "recupero dello stato dei luoghi", "messa in sicurezza" verranno impiegati in modo promiscuo, sul modello degli artt. 452-*decies* ss. c.p., sebbene si tratti, ad un più accorto esame, di nozioni che vengono distinte (ambiguamente) dal T.U.A. Si impiegherà anche la generica espressione "risanamento ambientale", richiamata ma non definita dal T.U.A. Gli interpreti hanno comunque tentato di chiarire il significato di tali locuzioni. Sulle nozioni di "bonifica", "ripristino" e "recupero" ambientale, si v. C. IAGNEMMA, *Il delitto di omessa bonifica*, in (diretto da) N. PISANI, L. CORNACCHIA, *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Zanichelli, Bologna, 2018, p. 296 e 297. Sul concetto di "ripristino", anche, A. DI LANDRO, *I problemi relativi al delitto di omessa bonifica-ripristino. In particolare, quali responsabilità per l'autore del danno ambientale e quali per gli altri soggetti?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 355 ss. Diferente a tal riguardo l'opinione di L. PRATI, *Il reato di omessa bonifica ex art. 452-terdecies: una norma problematica di dubbia giustizia sostanziale*, in *Amb. & Svil.*, 2017, p. 22 ss. Sulla nozione di "messa in sicurezza", L. SPADANO, *Il ravvedimento operoso*, in (diretto da) N. PISANI, L. CORNACCHIA, *Il nuovo diritto penale*, cit., p. 243.

tenzione della scienza penalistica italiana⁽³⁾, ossia quello della “*responsive regulation*”, introdotto per la prima volta ormai quasi trent’anni fa da Ian Ayres e John Braithwaite⁽⁴⁾ al fine di identificare un innovativo modello di regolazione e di *enforcement* che potesse risultare ottimale dal punto di vista sia dei costi sia dell’efficacia della disciplina. Come si dimostrerà, infatti, il programma teorico della “*enforcement pyramid*”⁽⁵⁾, che rappresenta uno dei contenuti più caratterizzanti dell’elaborazione in materia di “*responsive regulation*”, costituisce uno schema analitico atto a cogliere con precisione la logica, dinamica e adattiva, che informa la trama della legislazione italiana riguardante le operazioni di risanamento ambientale.

Preliminarmente, è opportuno ricordare come la disciplina in esame abbia subito una rilevante modifica in occasione della complessiva riforma del diritto penale ambientale attuata mediante la l. 68/2015, a seguito della quale si è venuta a configurare quella che è stata definita una “struttura stadiale”⁽⁶⁾ di tutela penale dell’ecosistema, connotata cioè da una progressione in termini di offensività e severità delle fattispecie punitive.

Come è noto, infatti, tale riforma ha introdotto, accanto al tradizionale paradigma di protezione anticipata dell’ambiente mediante le contravvenzioni di pericolo astratto previste dal testo unico ambientale (d.lgs. 152/2006, d’ora innanzi T.U.A.)⁽⁷⁾, ipotesi di reato più gravi (di norma connotate dalla causazione di un macroevento dannoso o concretamente pericoloso) e, quindi, sanzionate con maggior rigore: si tratta dei c.d. ecodelitti, di cui agli artt. 452-*bis* ss. c.p.⁽⁸⁾. Una lettura complessiva della riforma,

⁽³⁾ Anche in materia penale ambientale: G. ROTOLO, *Riconoscibilità del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell’ambiente*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 228 ss.

⁽⁴⁾ I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, Oxford University Press, Oxford, 1992. Tale concetto è stato poi approfondito in J. BRAITHWAITE, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

⁽⁵⁾ I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive regulation*, cit., p. da 35 a 38.

⁽⁶⁾ G. ROTOLO, *Riconoscibilità*, cit., p. 205 ss.

⁽⁷⁾ Su cui si rinvia a L. SIRACUSA, *La tutela penale dell’ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007, in particolare p. 84 ss., C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Edizioni ETS, Pisa, 2008 in particolare p. 39 ss. e F. GIUNTA, *Tutela dell’ambiente (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, 2008, p. 1151 ss.

⁽⁸⁾ Per alcune considerazioni complessive sulla l. 68/2015: T. PADOVANI, *Legge sugli ecoreati. Un impianto inefficace che non aiuta l’ambiente*, in *Guida al diritto*, 1 agosto 2015, F. PALAZZO, *I nuovi reati ambientali. Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell’ente*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 329 ss., e (diretto da) N. PISANI, L. CORNACCHIA, *Il nuovo diritto penale*, cit.

tuttavia, segnala come la logica ad essa sottesa sia più articolata, in quanto all'inasprimento dell'apparato repressivo si è accompagnata, secondo la filosofia del "bastone e carota" ⁽⁹⁾, anche la predisposizione di (ulteriori) meccanismi premiali correlati al coinvolgimento dei privati nell'attuazione di interventi ripristinatori, i quali hanno pertanto assunto portata pressoché generalizzata ⁽¹⁰⁾.

Il risultato della riforma è dunque rappresentato da un'architettura "stadiale" di tutela penale dell'ecosistema, di cui, con qualche approssimazione, è possibile identificare i tre principali piani regolativi: il primo è quello delle contravvenzioni ambientali che, non avendo «cagionato danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali [...] protette» (art. 318-*bis* T.U.A.) possono essere estinte mediante l'adempimento delle prescrizioni impartite dalle competenti autorità amministrative; il secondo è quello delle contravvenzioni ambientali che sanzionano la contaminazione di un sito, alle quali è invece applicabile la condizione di non punibilità prevista per la realizzazione di un intervento di bonifica (art. 257, ult. co. T.U.A.); l'ultimo è infine quello degli ecolittiti, rispetto ai quali il risanamento della componente ambientale pregiudicata consente di ottenere non l'esclusione della pena, bensì una sua consistente riduzione (artt. 452-*decies* e 452-*undecies* ult. co. c.p.). Come è intuibile, a ciascuno di questi stadi di tutela dell'ecosistema (peraltro non contigui) corrisponde, in ragione della crescente offensività dei fatti tipizzati, un incremento della severità delle pene comminate.

È dunque evidente che la bonifica e il ripristino dei siti contaminati costituiscono uno dei pilastri di tale composito sistema "stadiale" di protezione giuridica dell'ecosistema. Proprio in ragione della loro rilevanza sul piano della strategia regolatoria, il legislatore della riforma ne ha intensificato il trattamento sanzionatorio (sia positivo sia negativo), accentuandone così la duplice finalità preventiva e rimediale ⁽¹¹⁾. Da un lato, infatti, egli ha deciso di introdurre un delitto (più grave rispetto alla contravvenzione *ex* art. 257 T.U.A.) che punisce severamente la (mera) omissione della bonifica (art. 452-*terdecies* c.p.) ⁽¹²⁾, mentre dall'altro ha inteso configurare

⁽⁹⁾ C. BERNASCONI, *Il "bastone" e la "carota" nella nuova disciplina dei reati ambientali*, in *Studium Juris*, 2015, p. 1403 ss.

⁽¹⁰⁾ Per alcune prime impressioni C. BERNASCONI, *Il "bastone"*, cit., in *Studium Juris*, 2015, p. 1403 ss. e F. D'ALESSANDRO, *La tutela penale dell'ambiente tra passato e futuro*, in *Jus*, 2016, p. 83 ss.

⁽¹¹⁾ Che, secondo F. CENTONZE, S. MANACORDA, *Historical Pollution. Comparative Legal Responses to Environmental Crimes*, Springer, Svizzera, 2017, p. 12, caratterizza tutti i sistemi giuridici considerati nella loro indagine comparativa.

⁽¹²⁾ Mentre la contravvenzione di cui all'art. 257 T.U.A. è un reato commissivo di evento (la "contaminazione ambientale"). Cfr. G. DE SANTIS, *Bonifica dei siti contaminati*.

misure premiali che incentivano la solerte effettuazione delle operazioni di risanamento ambientale per il tramite della promessa di rilevanti benefici sul piano della pena applicata per gli altri ecodelitti eventualmente già commessi (artt. 452-*decies* e 452-*undecies*, ult. co. c.p.). Tali attività sono dunque presidiate da molteplici sanzioni, sia negative sia positive⁽¹³⁾, mirando così il legislatore a incentivarne, con tutti gli arnesi penali a sua disposizione, l'effettuazione da parte dei privati. Su tali fondamentali considerazioni, comunque, si tornerà.

In questa sede è piuttosto opportuno rimarcare un aspetto sistematico di primario rilievo nell'economia del presente studio, ossia che, a seguito della riforma del 2015, l'edificio del diritto penale ambientale si regge su due pilastri, ritenuti ormai complementari nel contesto della «azione dello stato sociale dei nostri tempi»⁽¹⁴⁾: la repressione e la premialità⁽¹⁵⁾. Infatti, esso incentiva la cooperazione dei privati mediante la combinazione di previsioni deterrenti e promozionali⁽¹⁶⁾ e volge così non solo a prevenire, ma anche a rimediare la violazione della pertinente disciplina amministrativa e, di conseguenza, l'offesa all'ambiente⁽¹⁷⁾.

Va peraltro considerato che, pur essendo espressione tipica della penalità degli stati sociali contemporanei, il diffuso impiego, nella materia *de qua*, di istituti premiali consente anche di compensare (perlomeno in parte)

Profili di responsabilità penale. II Parte, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1727 ss., C. IAGNEMMA, *Il delitto di omessa bonifica*, cit., p. 295, A. DI LANDRO, *I problemi*, cit., in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 355 ss.

⁽¹³⁾ La distinzione tra queste due categorie è approfondita da N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*^{ed. dig.}, Laterza, Bari, 2015, p. 41 ss.

⁽¹⁴⁾ N. BOBBIO, *Dalla struttura*, cit. p. 23.

⁽¹⁵⁾ Secondo D. FRANZIN, *Governo penale dell'ambiente e non punibilità condizionata*, ESI, Napoli, 2018, p. 96 infatti, l'ipotesi di non punibilità prevista dall'art. 257, ult. co. T.U.A. ha «i caratteri di un vero e proprio indirizzo generale di “governo penale dell'ambiente”».

⁽¹⁶⁾ Le quali, seguendo la tripartizione di A. DI MARTINO, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 29, possono dirsi “co-funzionali” alla tutela del bene giuridico protetto. Cfr. D. FRANZIN, *Governo penale*, cit., p. 97.

⁽¹⁷⁾ Sia le contravvenzioni del T.U.A. sia gli ecodelitti sono infatti caratterizzati da una tendenziale accessorietà rispetto alla pertinente disciplina extrapenale, dovuta alla natura “deontico normativa” del bene giuridico ambiente, il quale richiede una costante attività amministrativa di bilanciamento con gli interessi contrapposti. Esulando tali importanti questioni dalla portata del presente studio, si rinvia, per alcune autorevoli considerazioni, a F. GIUNTA, *Tutela dell'ambiente*, cit. in *Enc. Dir.*, 2008, p. 1151 ss., A. GARGANI, *Jus in latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente*, in *Criminali*, 2020, p. 111 ss., L. SIRACUSA, *La tutela penale*, cit., p. 84 ss., e C. BERNASCONI, *Il reato ambientale*, cit., p. 37 ss.

i difetti di offensività e colpevolezza che affliggono taluni ecoreati (soprattutto le contravvenzioni del T.U.A.)⁽¹⁸⁾ e contribuisce, più in generale, ad attuare il principio di sussidiarietà penale “secondaria”⁽¹⁹⁾. Pertanto, pur avendo una differente genesi storica e politico-culturale, tali sanzioni promozionali si ripercuotono favorevolmente sulla compatibilità del sistema di tutela giuridica dell’ambiente con i fondamentali postulati di garanzia del diritto penale liberale⁽²⁰⁾.

Ciò chiarito, si può ora sviluppare l’indagine tratteggiata in sede introduttiva, procedendo come segue: innanzitutto, si esporrà l’elaborazione di Ayres e Braithwaite riguardante la “*enforcement pyramid*”; quindi, si impiegherà tale paradigma teorico per illustrare, prima descrittivamente e poi criticamente, la normativa vigente in materia di risanamento dei siti contaminati; successivamente, si svolgerà un’analoga trattazione con riguardo alla disciplina di tali operazioni nel contesto della responsabilità amministrativa da reato ambientale degli enti; infine, si proporranno alcune brevi considerazioni sul divario tra la razionalità teorica di tale sistema normativo e la sua eclatante fallacia operativa.

2. Il paradigma della *responsive regulation*.

Come accennato, il paradigma teorico della “*responsive regulation*” è stato elaborato da Ayres e Braithwaite ormai quasi trent’anni fa allo scopo di trascendere «*the intellectual stalemate between those who favor strong state regulation of business and those who advocate deregulation*» mediante la proposta di uno metodo di regolazione in cui centralità è attribuita al coinvolgimento dei privati. L’assunto nevralgico è che «*by credibly asserting a willingness to regulate more intrusively, responsive regulation can channel marketplace transactions to less intrusive and less centralized forms of government intervention. Escalating forms of responsive regulation can*

⁽¹⁸⁾ In quanto sono incriminazioni che si esauriscono nel punire la violazione della pertinente disciplina extrapenale: cfr. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 101 ss.

⁽¹⁹⁾ Ossia che attiene non «al momento di produzione delle disposizioni, [ma] a quello successivo della loro applicazione»: F. POMES, *Procedura estintiva delle contravvenzioni ambientali e funzione ripristinatoria del diritto penale*, in *LexAmbiente*, 2019, p. 60 ss.

⁽²⁰⁾ Ad esempio, infatti, con riferimento alle contravvenzioni ambientali di pericolo presunto, pare che la procedura “ingiunzionale” (F. D’ALESSANDRO, *La tutela penale*, cit., in *Jus*, 2016, p. 83 ss.) prevista dagli artt. 318-*bis* ss. T.U.A. consenta di ottenere una maggiore conformità della dinamica punitiva al canone dell’*extrema ratio* (D. FRANZIN, *Governo penale*, cit., p. 90) e una maggiore intellegibilità del precetto violato (G. RO-TOLO, *Riconoscibilità*, cit., p. da 236 a 241).

thereby retain many of the benefits of laissez-faire governance without abdicating government's responsibility to correct market failure»⁽²¹⁾. Ne deriva che la proposta teorica avanzata da Ayres e Braithwaite non corrisponde a un programma regolativo predefinito e rigido⁽²²⁾, bensì a un'attitudine adattiva e, appunto, responsiva.

Allo scopo di correggere i difetti delle forme di (mera) “*private regulation*”, infatti, gli Autori, fondandosi sulla c.d. “teoria dei giochi” ma anche sul rilievo empirico dell'importanza della “*social responsibility*” degli attori coinvolti⁽²³⁾, propongono l'adozione di un modello “*tit for tat*”, ossia di un'attitudine normativa capace di impiegare dinamicamente “*punishment and persuasion*”. Più nel dettaglio, l'idea da essi avanzata è quella di attribuire alle autorità pubbliche una molteplicità di strumenti di regolazione e di *enforcement* connotati da un grado crescente di intrusività, con la convinzione che quelli caratterizzati da maggiore severità verranno ad essere concretamente impiegati con una frequenza minore rispetto alle alternative collaborative e persuasive, alla stregua di una *extrema ratio*⁽²⁴⁾.

Come accennato, peraltro, le autorità pubbliche non devono stabilire *a priori* il tipo di intervento regolatorio e sanzionatorio che intendono impiegare, essendo al contrario suggerito che esse, pur muovendo sempre da una iniziale presunzione a favore dell'utilizzo di approcci collaborativi e persuasivi (più vantaggiosi dal punto di vista economico e sociale)⁽²⁵⁾, adeguino in maniera dinamica e reattiva la loro attività al comportamento dei privati regolati⁽²⁶⁾. In tale contesto, è comunque necessario che sia chiaro a questi ultimi quali sono gli strumenti regolatori più severi a disposizione delle autorità pubbliche, in quanto il precipuo scopo di queste “*benign big guns*” non è tanto di essere effettivamente utilizzate⁽²⁷⁾, quanto piuttosto di favorire il successo dell'iniziale attitudine persuasiva o blandamente coercitiva⁽²⁸⁾: «*regulators will be more able to speak softly when they carry big sticks*»⁽²⁹⁾. Vi è, pertanto, una complementarità dinamica e adattiva di

(21) Tali citazioni sono tratte da I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive regulation*, cit. p. 3 e 4.

(22) Cfr. J. BRAITHWAITE, *Restorative justice*, cit., p. 29.

(23) Su cui I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. da 21 a 35.

(24) I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 5 e 6.

(25) I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 19.

(26) I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 6.

(27) Anzi, esse debbono rimanere sullo sfondo per non scoraggiare forme spontanee di *compliance*. *Amplius*, I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. da 40 a 51.

(28) L'apparente paradosso è spiegato da J. BRAITHWAITE, *Restorative justice*, cit., 2002, p. 34.

(29) I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 19.

approcci orientati alla “*compliance*” (*persuasion*) e interventi diretti alla “*deterrence*” (*punishment*)⁽³⁰⁾.

Coerentemente con tali premesse generali, gli Autori sviluppano dunque il programma teorico della “*enforcement pyramid*”. Per conformarsi ad esso, l’autorità pubblica deve innanzitutto optare per l’approccio persuasivo, chiedendo al privato di collaborare al perseguimento dell’obiettivo normativo prescelto⁽³¹⁾. Solamente laddove tale opzione fallisca, essa deve adottare un’attitudine “*adversarial*” connotata da un crescente rigore, mediante l’impiego prima di strumenti di intimazione (“*warning letter*”), poi di sanzioni non penali (“*civil monetary penalties*”), poi di vere e proprie pene (“*criminal penalties*”) e, infine, di sanzioni interdittive temporanee o definitive (“*license suspension* o *revocation*”). L’idea è quella secondo cui «*regulatory agencies have maximum capacity to lever cooperation when they can escalate deterrence in a way that is responsive to the degree of uncooperativeness of the firm*»⁽³²⁾. Ciascuna tipologia di intervento della pubblica autorità, infatti, si correla alle diverse motivazioni che potrebbero convincere i regolati ad attenersi alle disposizioni emanate: la persuasione può avere successo con riguardo all’attore “*social responsible*”, la punizione può invece convincere il soggetto “*rational*” e “*self-interested*”, mentre l’interdizione rimane l’unica opzione disponibile per colui che sia irrazionale, incompetente o il cui illecito sia tanto lucrativo da superare i costi di qualsiasi altra pena⁽³³⁾.

Tale progetto teorico ha avuto, nonostante alcune (talora condivisibili) critiche⁽³⁴⁾, un grande seguito⁽³⁵⁾, giungendo a penetrare financo nella letteratura italiana riguardante il diritto penale ambientale⁽³⁶⁾. Sulla scorta di tali suggestioni, si tenterà quindi di impiegarlo nelle riflessioni che seguono: non solo, però, in termini propositivi, ma anche ricognitivi, ossia per fornire una ricostruzione della disciplina vigente che ne evidenzi l’affinità con il modello della “*enforcement pyramid*” e quindi la potenziale ra-

⁽³⁰⁾ I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 25. Cfr. J. BRAITHWAITE, *Restorative justice*, cit. p. 31 e 32.

⁽³¹⁾ Anche J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 30.

⁽³²⁾ I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 35 e 36.

⁽³³⁾ Cfr. I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *op. cit.*, p. 53.

⁽³⁴⁾ Riportate da R. BALDWIN, H. J. BLACK, *Really responsive regulation*, in *The modern law review*, 2008, p. 59 ss. Tali critiche non pregiudicano comunque la validità teorica generale dell’elaborazione di Ayres e Braithwaite.

⁽³⁵⁾ Ne è testimonianza lo studio di N. GUNNINGHAM, P. GRABOSKY, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Oxford University Press, Oxford, 1998, proprio in materia ambientale.

⁽³⁶⁾ Cfr. G. ROTOLO, *Riconoscibilità*, cit., p. 228 ss.

zionalità, giungendo solo in un secondo momento a suggerirne anche degli aggiustamenti *de iure condendo*.

3. Ricostruzione della disciplina della bonifica mediante il modello della *enforcement pyramid*. La normativa amministrativa.

Chiariti i connotati essenziali del modello teorico della “*enforcement pyramid*”, si può ora muovere allo studio analitico della disciplina della cooperazione pubblico-privato nello svolgimento delle operazioni di bonifica e ripristino dei siti contaminati.

Come anticipato, tale disciplina rappresenta uno degli architravi dell’attuale sistema “stadiale” di tutela penale dell’ambiente⁽³⁷⁾. Del resto, l’importanza della bonifica è stata confermata anche dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato⁽³⁸⁾ che, enfatizzandone (tra l’altro) l’utilità a vantaggio di una collettività più o meno ampia di beneficiari, la ha qualificata come “servizio pubblico”⁽³⁹⁾. È noto, tuttavia, che le attività di risanamento dei siti contaminati sono estremamente complesse e spesso molto onerose⁽⁴⁰⁾.

Per tali ragioni, l’ordinamento persegue prioritariamente l’obiettivo di assicurare che sia il privato a realizzare tali interventi, sotto la supervisione delle competenti autorità pubbliche: essi costituiscono, infatti, un obbligo “plurisanzionato” per il responsabile dell’inquinamento ma, laddove esso non sia reperibile o non adempia, anche il proprietario “incolpevole” del sito è incentivato a effettuare la bonifica, poiché altrimenti la pubblica amministrazione che la realizzerà in sua vece potrà rivalersi delle spese affrontate sul (suo) bene immobile risanato (art. 253 T.U.A.)⁽⁴¹⁾. Risulta dunque chiaro che l’effettuazione delle attività di risanamento dei siti inquinati da parte delle sole autorità pubbliche è un’opzione residuale (art. 250 T.U.A.).

⁽³⁷⁾ Soprattutto a seguito della riforma attuata con la l. n. 68/2015, come ricorda, tra gli altri, C. RUGA RIVA, *Bonifica e ripristino nel diritto penale dell’ambiente*, in (a cura di) C. E. PALIERO, F. VIGANÒ, F. BASILE, G. L. GATTA, *La pena ancora*, cit., p. 719 ss.

⁽³⁸⁾ Il riferimento è a tre pronunce: Cons. Stato, VI, 5 aprile 2012, n. 2021; Cons. Stato, VI, 13 settembre 2012, n. 4870; Cons. Stato, VI, 12 ottobre 2012, n. 5268.

⁽³⁹⁾ Critico è, rispetto a tale soluzione, F. LEOTTA, *La natura giuridica delle attività di bonifica dei siti inquinati*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, p. 227 ss.

⁽⁴⁰⁾ *Ex multis*, recentemente, F. CENTONZE, S. MANACORDA, *Historical pollution*, cit., p. 13.

⁽⁴¹⁾ Sul punto, G. DE SANTIS, *Bonifica dei siti contaminati. Profili di responsabilità penale. I parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1478 ss.

È proprio a fronte di tali considerazioni che pare possibile impiegare il modello analitico della “*enforcement pyramid*”. La legislazione ambientale italiana pare, infatti, adottare in tale ambito un approccio prioritariamente collaborativo, promuovendo la *compliance* del privato sia mediante la minaccia di severe sanzioni penali sia mediante l’impiego di vari istituti premiali che consentono l’esclusione o l’attenuazione della pena secondo una logica graduale e progressiva. Come accennato, infatti, le operazioni di risanamento dei siti contaminati sono “plurisanzionate” in quanto la normativa vigente ne presidia la realizzazione sia con sanzioni negative coercitive, sia con sanzioni positive promozionali: dal primo punto di vista rilevano la contravvenzione *ex art 257, co. 1 T.U.A.* e il delitto *ex art. 452-terdecies c.p.*, mentre con riguardo al secondo versante si debbono richiamare la condizione di non punibilità prevista dall’art. 257, ult. co. T.U.A. nonché l’attenuante del “ravvedimento operoso” e l’esclusione della confisca *ex artt. 452-decies c.p. e 452-undecies, ult. co. c.p.* Ma vi sono anche altre norme e altri istituti che intervengono nel modello piramidale di *enforcement* degli obblighi di risanamento ambientale. Conviene dunque descriverne l’operatività dalle fondamenta, muovendo dall’analisi della disciplina amministrativa cui queste norme penali sono in linea di principio accessorie.

Tale “labirintica” normativa prescrive innanzitutto che, laddove vi sia stato un evento che sia potenzialmente in grado di contaminare il sito, il responsabile dell’inquinamento che se ne avveda, attuate le necessarie misure di prevenzione e datane comunicazione alle autorità competenti (art. 242, co. 1), debba svolgere, nelle zone interessate, un’indagine preliminare volta ad accertare il superamento delle concentrazioni soglia di contaminazione (CSC) ⁽⁴²⁾. Se tali soglie non sono state superate, allora il soggetto «provvede al ripristino della zona contaminata, dandone notizia» alle autorità competenti, le quali svolgeranno poi le proprie attività di «verifica e controllo» (art. 242, co. 2 T.U.A.). Laddove, invece, le soglie CSC siano state violate, allora il responsabile dell’inquinamento deve presentare agli enti territoriali competenti il piano di caratterizzazione sulla base del quale egli effettuerà poi un’analisi c.d. sito specifica volta a determinare le concentrazioni soglia di rischio (CSR) ⁽⁴³⁾, ossia i criteri di accettabilità del rischio cancerogeno elaborati con riguardo allo specifico caso in esame (art. 242, co. 3 e 4 T.U.A.). Tale analisi dovrà poi essere approvata dalle autorità coinvolte. Se la concentrazione dei contaminanti è inferiore ai li-

⁽⁴²⁾ Cfr. art. 240, co. 1 lett. b) T.U.A.

⁽⁴³⁾ Cfr. art. 240, co. 1 lett. c) T.U.A.

miti CSR, allora il procedimento si considera concluso positivamente, fatto salvo il successivo monitoraggio (art. 242, co. 5 T.U.A.). Se, invece, la concentrazione dei contaminanti è superiore ai limiti CSR, allora vi è una contaminazione ambientale e sorge, in capo al responsabile dell'inquinamento, l'obbligo di presentare e poi realizzare «il progetto operativo [...] di bonifica [...] al fine di minimizzare e ricondurre ad accettabilità il rischio derivante» dalla contaminazione (art. 242, co. 7 T.U.A.)⁽⁴⁴⁾.

Si noti, peraltro, che può accadere che siano le pubbliche amministrazioni ad attivare questo complesso procedimento qualora, nell'esercizio delle loro funzioni, identifichino un sito in cui siano state superate le soglie CSC. In tal caso, esse possono intimare al responsabile dell'inquinamento di provvedere agli adempimenti previsti dall'art. 242 T.U.A. Ma laddove esso non sia identificabile o non si attivi, allora, in via sussidiaria⁽⁴⁵⁾, spetta alle pubbliche autorità stesse intervenire svolgendo gli adempimenti esaminati (artt. 244 e 250 T.U.A.).

3.1. *I reati che presidiano l'obbligo di bonifica.*

L'analisi della pertinente legislazione amministrativa, dunque, manifesta con evidenza che l'ordinamento attribuisce un ruolo nevralgico al privato responsabile dell'inquinamento cui, sotto la supervisione delle autorità pubbliche competenti, spetta, in via prioritaria, l'individuazione, la comunicazione e la valutazione della gravità della potenziale contaminazione del sito nonché, successivamente all'accertamento della sua effettiva pericolosità, la sua neutralizzazione e il ripristino di una situazione tollerabile. Ebbene, è proprio a presidio di tale disciplina che si colloca la "struttura stadiale" del diritto penale ambientale.

Sullo sfondo, infatti, sta, alla stregua di una "*benign big gun*", la minaccia della sanzione penale. Tralasciando in questa sede l'analisi della contravvenzione di omissione della «comunicazione di cui all'art. 242» (art. 257, co. 1 T.U.A.)⁽⁴⁶⁾, conviene piuttosto soffermarsi sulle altre due

⁽⁴⁴⁾ *Amplius*, C. BERNASCONI, *Il reato ambientale*, cit., p. da 70 a 74 e A. DI LANDRO, *Bonifiche: il labirinto*, cit. in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 1 ss.

⁽⁴⁵⁾ Anche rispetto a un'eventuale intervento spontaneo del proprietario o del gestore del sito (art. 245 T.U.A.): cfr. G. DE SANTIS, *Bonifica. I parte*, cit. in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1478 ss.

⁽⁴⁶⁾ Pare comunque che l'unico obbligo di comunicazione, tra quelli previsti dall'art. 242 T.U.A., rilevante per tale fattispecie è quello di cui al co. 1: così, G. DE SANTIS, *Bonifica. I parte*, cit., in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1478 ss. Sugli ulteriori profili problematici di tale fattispecie, si v. A. DI LANDRO, *Bonifiche: il labirinto*, cit., in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 1 ss.

incriminazioni rilevanti in tale ambito, le quali hanno maggiore spessore teorico e operativo. La prima, contravvenzionale, è prevista ancora dall'art. 257, co. 1 T.U.A. e sanziona con l'arresto o l'ammenda, «salvo che il fatto costituisca più grave reato», la condotta di colui che cagioni la contaminazione di un sito «con il superamento delle» soglie CSR, «se non provvede alla bonifica in conformità al progetto» elaborato ai sensi degli art. 242 ss. T.U.A. La seconda è invece rappresentata dal delitto di omessa bonifica tipizzato dall'art. 452-terdecies c.p., il quale punisce con la reclusione e la multa, ancora in via sussidiaria rispetto a ipotesi di reato più gravi, colui che, «essendovi obbligato per legge, per ordine del giudice ovvero di un'autorità pubblica, non provvede alla bonifica, al ripristino o al recupero dello stato dei luoghi».

Le questioni poste dalla coabitazione di tali due incriminazioni sono molteplici. Ai fini della presente indagine, è sufficiente menzionarne tre. La prima è relativa alla portata della contravvenzione di “contaminazione ambientale”⁽⁴⁷⁾ di cui all'art. 257, co. 1 T.U.A.: ci si chiede se, facendo essa esplicito riferimento al superamento delle soglie CSR, sia applicabile anche al soggetto inerte che non effettua la analisi c.d. sito specifica. La questione è dibattuta in quanto, accogliendo la soluzione negativa, si garantisce l'impunità al soggetto che sia inadempiente *ab origine* mentre, accogliendo la soluzione positiva, si realizza un'estensione analogica *in malam partem* della fattispecie⁽⁴⁸⁾: a chi scrive pare che il problema possa essere però stemperato alla luce della normativa vigente, la quale consente, in via sussidiaria, l'effettuazione delle procedure e degli interventi di cui all'art. 242 T.U.A. da parte delle autorità pubbliche competenti⁽⁴⁹⁾. In questa prospettiva, il responsabile dell'inquinamento inerte non dovrebbe rimanere impunito laddove siano state proprio tali autorità a identificare le soglie CSR e a verificarne l'effettivo superamento⁽⁵⁰⁾. L'art. 257, co. 1

⁽⁴⁷⁾ *Supra*, nota 12.

⁽⁴⁸⁾ Per i necessari riferimenti, A. DI LANDRO, *Bonifiche: il labirinto*, cit., in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 1 ss.

⁽⁴⁹⁾ In questo senso A. DI LANDRO, *I problemi*, cit., in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 355 ss. e V. PAONE, *La particolare tenuità del fatto e i reati ambientali*, in *Amb. & Svil.*, 2018, p. 729 ss.

⁽⁵⁰⁾ Il che, come si dirà nell'ultimo paragrafo, non pare purtroppo scontato. Peraltro, come ricorda A. DI LANDRO, *Bonifiche: il labirinto*, cit., in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 1 ss., tale soluzione non ha ripercussioni negative sulla prescrizione del reato laddove si consideri l'omissione della bonifica come condizione obiettiva di punibilità del reato. A favore di tale soluzione sono anche G. DE SANTIS, *Bonifica. Il parte*, cit., in *Resp. civ. e prev.*, 2009, p. 1727 ss. e C. BERNASCONI, *Il reato ambientale*, cit., p. 70. *Contra*, V. PAONE, *La particolare tenuità*, cit., in *Amb. & Svil.*, 2018, p. 729 ss.

T.U.A. richiede infatti solo la prova dell'effettiva contaminazione del sito, la quale a sua volta implica la fissazione di suddette soglie, ma non impone che i relativi adempimenti siano svolti dal privato.

La seconda questione riguarda, invece, i rapporti tra la contravvenzione di cui all'art. 257 T.U.A. e il delitto di cui all'art. 452-*terdecies* c.p. Come si è detto, in ragione della clausola di riserva, la prima incriminazione è sussidiaria rispetto alla seconda, la quale rappresenta, tra le due, il "più grave reato". Peraltro, la differente struttura delle due fattispecie (la prima identifica un reato di evento a forma libera, mentre la seconda un reato omissivo proprio)⁽⁵¹⁾ non ha particolare rilievo operativo, poiché la contravvenzione di "contaminazione ambientale" è comunque subordinata alla condizione obiettiva di punibilità dell'omissione della bonifica. In quest'ottica, il problema del coordinamento tra i due reati va risolto sulla base della regola generale prevista dall'art. 42 c.p., ossia sostenendo la punibilità del delitto di omessa bonifica solo in presenza del dolo e mantenendo dunque un margine (in concreto esiguo) di operatività della fattispecie contravvenzionale nei casi di colpa del reo⁽⁵²⁾.

Il terzo ed ultimo profilo di interesse, correlato al precedente, attiene all'estensione applicativa del delitto di omessa bonifica di cui all'art. 452-*terdecies* c.p. Tale incriminazione presenta dei margini di operatività estremamente più ampi della corrispondente contravvenzione, rispetto alla quale l'unico requisito restrittivo è, come detto, rappresentato dalla necessaria presenza del dolo: soggetto attivo è, infatti, chiunque (e non solo il responsabile dell'inquinamento) sia obbligato non solo alla bonifica (art. 240, co. 1 lett. *p*) T.U.A.), ma anche, alternativamente, al ripristino (art. 240, co. 1 lett. *q*) T.U.A.) o al recupero (concetto indefinito e ampio) dello stato dei luoghi⁽⁵³⁾. Anche le fonti degli obblighi sanzionati con la pena sono indicate in maniera estesa, riferendosi l'art. 452-*terdecies* c.p. sia alla legge, sia all'ordine del giudice, sia all'ordine di un'autorità pubblica⁽⁵⁴⁾: in questa prospettiva, è evidente il collegamento funzionale di

⁽⁵¹⁾ *Supra*, nota 12.

⁽⁵²⁾ In questo senso, A. DI LANDRO, *I problemi*, cit., in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 355 ss. La diversa opinione, promossa da C. IAGNEMMA, *Il delitto di omessa bonifica*, cit., p. 303 ss. secondo cui l'art. 452-*terdecies* c.p. sarebbe applicabile solo in presenza di contaminazioni tanto gravi da integrare i reati *ex artt.* 452-*bis* e 452-*quater* c.p. non ha alcuna base legale.

⁽⁵³⁾ Cfr. *supra*, nota 2.

⁽⁵⁴⁾ Tali ulteriori profili sono indagati in ottica critica da L. PRATI, *Il reato di omessa bonifica*, cit. in *Amb. & Svil.*, 2017, p. 22 ss. Cfr. per ulteriori rilievi, C. IAGNEMMA, *Il delitto di omessa bonifica*, cit., *passim*, e A. DI LANDRO, *I problemi*, cit. in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 355 ss.

tale incriminazione con l'art. 452-*duodecies* c.p., il quale dispone che nel pronunciare sentenza di condanna per un ecodelitto «il giudice ordina il recupero e, ove tecnicamente possibile, il ripristino dello stato dei luoghi»⁽⁵⁵⁾. L'inadempimento di tale ordine da parte del condannato determina infatti l'integrazione del delitto di omessa bonifica, il quale assume dunque una funzione strategica preminente.

3.2. *Gli istituti che premiano l'adempimento dell'obbligo di bonifica.*

Chiariti dunque i confini applicativi delle incriminazioni poste a presidio dell'obbligo di bonifica, occorre ora esaminare le misure premiali correlate al suo effettivo adempimento da parte del responsabile dell'inquinamento. Sono esse, infatti, che consentono di configurare un vero e proprio modello di *enforcement* penale piramidale, connotato da gradualità e responsabilità dell'intervento punitivo. La "*benign big gun*" (ossia, gli ecoreati appena esaminati) è infatti destinata ad essere applicata in tutta la sua capacità afflittiva solo in presenza di un pervicace disinteresse del privato rispetto alle opportunità di risanamento ambientale. L'ordinamento, dunque, privilegia innanzitutto un approccio persuasivo, in cui la collaborazione del responsabile dell'inquinamento è incentivata mediante sanzioni positive, rimanendo invece la pena sullo sfondo.

Considerando infatti che la contaminazione di un sito è un fatto che l'ordinamento qualifica come illecito, notevoli sono i benefici che il privato ottiene dalla tempestiva esecuzione della bonifica. Non solo, com'è ovvio, egli evita in tal modo di integrare le due incriminazioni esaminate in precedenza, ma ottiene anche, in virtù della clausola generale di non punibilità prevista dall'art. 257, ult. co. T.U.A., l'esenzione da pena per tutte «le contravvenzioni ambientali contemplate da altre leggi» per l'evento di contaminazione. Inoltre, in ragione degli artt. 452-*decies* e 452-*undecies*, ult. co. c.p., egli consegue anche una consistente diminuzione della pena (dalla metà ai due terzi) e l'esclusione della confisca per gli ecodelitti eventualmente integrati. E ciò senza considerare che, certificando la prospettiva persuasiva e collaborativa che il legislatore ritiene, perlomeno in teoria, opportuno adottare in via prioritaria, l'art. 253, ult. co. T.U.A. dispone che gli interventi di bonifica «possono essere assistiti, sulla base di apposita disposizione legislativa di finanziamento, da contributi pubblici».

⁽⁵⁵⁾ Su cui, per alcune osservazioni, si rinvia a P. SCHIATTONE, *Il ripristino dello stato dei luoghi*, in (diretto da) N. PISANI, L. CORNACCHIA, *Il nuovo diritto penale*, cit., p. 252 ss.

Trattasi di previsioni dall'elevato valore premiale che riguardano sia il sistema delle contravvenzioni ambientali sia quello degli ecodelitti. Con riferimento alle prime, poiché l'evento di contaminazione ha una portata ridotta, la "clausola di sistema" ⁽⁵⁶⁾ dell'art. 257, ult. co. T.U.A. determina una generale esenzione di pena ⁽⁵⁷⁾, mentre con riferimento ai secondi, in ragione della significatività del pregiudizio all'ecosistema ⁽⁵⁸⁾, vi è (solo) una (comunque) consistente attenuazione della pena ⁽⁵⁹⁾. Peraltro, la tempestiva esecuzione delle operazioni di risanamento ambientale potrebbe anche spesso impedire che la contaminazione assuma dimensioni tali da integrare le fattispecie di inquinamento o disastro ambientale ⁽⁶⁰⁾, assicurando così (ex art. 257, ult. co. T.U.A.) la non punibilità del responsabile dell'inquinamento: in quest'ottica, pertanto, tali sanzioni positive assumono una vocazione non solo rimediale ma anche preventiva.

È dunque evidente che la minaccia della pena rimane, in tale disciplina, sullo sfondo. Tuttavia, il modello teorico della "enforcement pyramid" si caratterizza soprattutto per la gradualità e il dinamismo dell'intervento delle autorità pubbliche, che si adeguano al comportamento del privato sanzionandone in maniera progressivamente più severa l'eventuale indisponibilità a adempiere ai suoi obblighi. Ebbene, tale gradualità si realizza nella materia *de qua* mediante l'applicazione di istituti generali, menzionati anche in disposizione speciali della legislazione ambientale, che accolgono la logica ripristinatoria: il riferimento è alla sospensione condizionale della pena e alla ablazione discrezionale delle contravvenzioni ⁽⁶¹⁾. Quand'anche, infatti, il responsabile dell'inquinamento non realizzi tempestivamente le operazioni di risanamento ambientale, l'ordinamento può comunque tentare di incentivare la sua collaborazione rendendole (o dando al giudice la facoltà di renderle) condizione per l'ottenimento di questi benefici: esse sono, infatti, requisito necessario per l'estinzione delle contrav-

⁽⁵⁶⁾ D. FRANZIN, *Governo penale*, cit., p. 97.

⁽⁵⁷⁾ Il riferimento alle «altre leggi» va infatti inteso come «altre disposizione di legge», rendendo così applicabile clausola anche alle altre incriminazioni del T.U.A. Così, A. DI LANDRO, *Bonifiche: il labirinto*, cit., in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 1 ss.

⁽⁵⁸⁾ C. BERNASCONI, *Il "bastone"*, cit., in *Studium Juris*, 2015, p. 1403 ss.

⁽⁵⁹⁾ Sugli istituti premiali previsti per gli ecodelitti M. PIERDONATI, *I modelli di ablazione patrimoniale nel nuovo diritto penale dell'ambiente*, in (diretto da) N. PISANI, L. CORNACCHIA, *Il nuovo diritto penale*, cit., p. 354 ss. e L. SPADANO, *Il ravvedimento operoso*, cit., p. 247.

⁽⁶⁰⁾ A. DI LANDRO, *I problemi*, cit. in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 355 ss.

⁽⁶¹⁾ Frequentemente applicate nel foro milanese. Cfr. C. SANTORO, C. AZZOLIN, *Le sentenze in materia di reati ambientali presso il Tribunale di Milano nel triennio 2015-2017: risultati e prospettive*, in *LexAmbiente*, 2018, p. 1 ss.

venzioni ambientali cui sia applicabile l'oblazione discrezionale (*ex art. 162-bis*, co. 3 c.p.); inoltre, tali attività possono anche essere imposte dal giudice quale obbligo accessorio da adempiere nell'ambito della sospensione condizionale della pena (*ex art. 165 c.p.*, ma anche *ex art. 257*, co. 3 T.U.A.). Anche a fronte di un ravvedimento tardivo, quindi, sulla base della valutazione del giudice durante o all'esito del processo, il reato potrebbe estinguersi e il soggetto potrebbe andare esente da pena⁽⁶²⁾. Peraltro, è interessante rilevare come la sospensione condizionale della pena sia astrattamente applicabile a tutti gli ecodelitti, ad eccezione del disastro ambientale doloso, potendosi quindi asserire che in tutte le ipotesi in cui l'intervento ripristinatorio è possibile esso potrà essere incentivato dal giudice mediante l'impiego di tale istituto.

3.3. *La pena inflitta in caso di inadempimento dell'obbligo di bonifica.*

Laddove, tuttavia, non cogliendo le opportunità testé menzionate, il responsabile dell'inquinamento persista nella sua inerzia, allora egli risponderà ai sensi non solo dei reati (alternativi) di cui agli artt. 257 T.U.A. (in caso di colpa) o 452-*terdecies* c.p. (in caso di dolo), ma anche delle altre incriminazioni eventualmente integrate. È in questo contesto che la “*benign big gun*” del sistema “stadiale” di tutela penale dell'ambiente si rivela in tutta la sua forza afflittiva.

Infatti, la contravvenzione di “contaminazione ambientale” può concorrere con le altre contravvenzioni (normalmente commissive) in materia di rifiuti e scarichi, non essendo di norma possibile identificare dei rapporti di specialità idonei all'applicazione dell'art. 15 c.p. sul concorso apparente di norme⁽⁶³⁾. Lo stesso vale, *a fortiori*, per il delitto di omessa bonifica⁽⁶⁴⁾.

Ma a ben vedere, un concorso di reati si potrà configurare anche rispetto ai delitti di inquinamento o disastro ambientale (artt. 452-*bis* e 452-*quater* c.p.). Tale esito è infatti indiscutibile nel caso in cui l'operazione di risanamento (poi omessa) sia ordinata *ex art. 452-duodecies* c.p. contestualmente alla sentenza di condanna per la previa commissione di uno di que-

⁽⁶²⁾ Cfr. A. DI LANDRO, *Bonifiche: il labirinto*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 1 ss. e P. SCHIATTONE, *Il ripristino*, cit., p. 269 e 270.

⁽⁶³⁾ A. DI LANDRO, *Bonifiche: il labirinto*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 1 ss. e C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 142.

⁽⁶⁴⁾ A. DI LANDRO, *I problemi*, cit. in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 355 ss. si pone infatti il problema del concorso solo con altre fattispecie omissive (ammettendolo).

sti ecodelitti. Ma non si può escludere che a tale risultato la giurisprudenza pervenga anche nei casi in cui, in ragione dell'omissione dell'intervento di risanamento, la contaminazione si estenda a tal punto da integrare uno di questi ecodelitti: un concorso di questo genere andrebbe in verità escluso sulla base della clausola di riserva contenuta nell'art. 452-*terdecies* c.p.⁽⁶⁵⁾, ma questa soluzione potrebbe essere disattesa in sede applicativa a causa del noto furore punitivo che sorge a fronte di macrolesioni dell'ambiente. Ad ogni modo, in queste ipotesi, anche una corretta applicazione della sussidiarietà del delitto di omessa bonifica determinerebbe l'irrogazione integrale delle severe pene previste dagli artt. 452-*bis* o 452-*quater* c.p. nonché della confisca disposta dall'art. 452-*undecies* c.p., il cui co. 3 peraltro sancisce che «i beni confiscati [...] sono [...] vincolati all'uso per la bonifica dei luoghi», confermando così la funzionalità del sistema degli ecodelitti al risanamento dei siti contaminati⁽⁶⁶⁾.

Quanto detto rivela, dunque, come il vertice dell'ideale struttura piramidale di *enforcement* degli obblighi di risanamento dei siti contaminati sia rappresentato non solo, come *prima facie* ci si potrebbe attendere, dalla fattispecie di “contaminazione ambientale” o, in alternativa, di omessa bonifica, ma anche dagli altri ecoreati che con esse concorrano o che ad esse (nel caso di conseguente integrazione di un più grave ecodelitto) si sostituiscano. Pertanto, l'integrale afflittività della punizione inflitta a colui che, essendo responsabile dell'inquinamento, si disinteressa ostinatamente dell'obbligo di ripristinare il sito contaminato, si disvela in tutta la sua severità solo dopo che egli ha ripetutamente mostrato di non voler cogliere gli incoraggiamenti e le minacce a lui rivolti dall'ordinamento.

All'esito di questa breve rassegna normativa, risulta dunque evidente come la collaborazione del privato nelle operazioni di risanamento ambientale sia incentivata tanto mediante la promessa di consistenti benefici in caso di repentina *compliance*, quanto mediante la minaccia di severe sanzioni penali che l'autorità giunge tuttavia ad applicare integralmente solo nell'ipotesi di una pervicace inerzia del privato. Tale strategia di *enforcement*, dinamica e adattiva, echeggia la logica responsiva e piramidale dell'elaborazione di Ayres e Braithwaite: inizialmente, vi è infatti un approccio collaborativo, in cui l'ordinamento assicura la non punibilità del privato o, nei casi più gravi, una significativa attenuazione della pena lui spettante (passibile poi di sospensione condizionale), pur a fronte della verifica dell'evento (illecito) di contaminazione ambientale; laddove, invece, non vi

⁽⁶⁵⁾ Così A. DI LANDRO, *I problemi*, cit. in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 355 ss.

⁽⁶⁶⁾ M. PIERDONATI, *I modelli*, cit., p. 327 ss.

sia stata una tempestiva realizzazione delle operazioni di risanamento, si prospetta comunque, mediante gli istituti dell'oblazione discrezionale delle contravvenzioni e della sospensione condizionale della pena, un'esclusione delle conseguenze punitive più afflittive, permanendo solo conseguenze sanzionatorie secondarie; nei casi in cui, infine, il responsabile dell'inquinamento si mostri ostinatamente indifferente rispetto all'obbligo bonifica, egli subirà integralmente la pena prevista per tale inadempimento (e per i reati eventualmente concorrenti), la quale diverrà estremamente severa nei casi in cui la contaminazione non risanata determini l'integrazione di uno dei più gravi ecodelitti previsti dal codice penale.

3.4. *Spunti de iure condendo.*

È peraltro ovvio che rispetto al paradigma teorico della “*enforcement pyramid*” il regime normativo vigente in materia di bonifica e ripristino ambientale presenti talune incongruenze. Alcune rappresentano l'ineludibile scarto che vi è tra un modello astratto di *common law* e una legislazione penale concreta di *civil law* ⁽⁶⁷⁾.

Vi sono, però, anche ulteriori profili di dissonanza che paiono invece agevolmente emendabili. Come anticipato, Ayres e Braithwaite pongono all'apice del loro schema piramidale le sanzioni interdittive, reputate necessarie sia per l'intrinseca portata deterrente, sia perché idonee ad evitare di incorrere in quelle situazioni, probabili anche nella materia *de qua*, in cui i costi della *compliance* siano superiori ai costi della pena ⁽⁶⁸⁾. Si tratta di considerazioni non ignote al legislatore italiano, il quale in effetti già prevede, per alcuni ecodelitti (tra cui però non v'è quello di omessa bonifica) l'applicazione della sanzione interdittiva della «incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione» (art. 32-*quater* c.p.). Si tratta di una pena assai severa, che indubbiamente si colloca nell'orizzonte della “*incapacitation*” delineato dai due Autori anglosassoni. Ebbene, da questo punto di vista, *de iure condendo*, il paradigma della “*enforcement pyramid*” suggerisce, innanzitutto, di estendere questa sanzione accessoria anche al delitto di cui all'art. 452-*terdecies* c.p. Inoltre, laddove possibile ⁽⁶⁹⁾, esso sollecita anche l'introduzione della pena accessoria dell'interdizione temporanea

⁽⁶⁷⁾ Coerentemente con il principio di legalità, infatti, la progressione dell'intervento punitivo è già tracciata nell'ordinamento italiano dalla legge: trattasi di una responsabilità legalmente predeterminata.

⁽⁶⁸⁾ I. AYRES, J. BRAITHWAITE, *Responsive regulation*, cit., p. 35 e 36.

⁽⁶⁹⁾ Ossia laddove lo svolgimento dell'attività inquinante necessiti di una autorizzazione o licenza.

dalla attività economica di riferimento (art. 30 c.p.)⁽⁷⁰⁾. Ovviamente, tale sanzione, estremamente afflittiva, dovrebbe collocarsi all'apice dello schema piramidale ed applicarsi dunque esclusivamente nei casi in cui il privato si mostri più ostinatamente inadempiente, come nelle ipotesi in cui dall'omissione della bonifica sia derivata una contaminazione tale da integrare un più grave ecodelitto ovvero nei casi in cui egli non adempia all'ordine di risanamento imposto con la sentenza di condanna per un altro ecodelitto già giudicato.

Specularmente, inoltre, il modello regolatorio di Ayres e Braithwaite suggerisce di valorizzare la gradualità dell'approccio punitivo anche in senso premiale. In quest'ottica, dunque, si potrebbe stabilire che, laddove dopo la commissione di un ecodelitto in forma colposa (art. 452-*quinquies* c.p.) il reo abbia effettuato un repentino intervento di bonifica, vi sia non solo una attenuazione della pena bensì una sua integrale esclusione, giustificata dal minor disvalore del fatto colposo rispetto a quello doloso⁽⁷¹⁾.

Si tratta di aggiustamenti puntuali, che non mirano a scardinare l'attuale assetto "stadiale" di tutela penale dell'ambiente, ma che, anzi, sono diretti a perfezionarlo, accentuandone la responsabilità mediante l'incremento dell'altezza (le pene previste per le ipotesi più gravi) e l'ampliamento della base (le ipotesi di non punibilità per i casi di tempestiva *compliance* del privato) dell'ideale piramide regolatoria in materia penale ambientale. Si è constatato, infatti, che la disciplina delle operazioni di risanamento dei siti contaminati risponde, perlomeno in astratto, a una razionalità di scopo abbastanza inequivoca, volgendo peraltro a incoraggiare innanzitutto la responsabilità sociale dei privati e risultando dunque coerente con il principio di *extrema ratio*⁽⁷²⁾. Tuttavia, come si osserverà in conclusione, a far difetto in tale contesto normativo non è tanto la razionalità teorica della normativa penale, quanto piuttosto la concreta capacità operativa delle pubbliche amministrazioni.

4. La bonifica nel sistema della responsabilità *ex crimine* degli enti.

Prima di sviluppare tali riflessioni è però opportuno applicare il medesimo tipo di indagine anche al microcosmo punitivo degli enti. In effetti,

⁽⁷⁰⁾ Proposta già avanzata da L. SIRACUSA, *La tutela penale*, cit., p. 515 e da C. BERNASCONI, *Il reato ambientale*, cit., p. 253 e 254.

⁽⁷¹⁾ Secondo A. MANNA, *La legge sugli ecoreati 5 anni dopo: un primo bilancio*, in *LexAmbiente*, 2020, p. 111 ss., tale soluzione dovrebbe valere per tutti gli ecodelitti, anche dolosi.

⁽⁷²⁾ Così anche D. FRANZIN, *Governo penale*, cit., p. 97.

pare che flebili tracce della logica responsiva e piramidale del modello teorico elaborato da Ayres e Braithwaite si rinvergono anche nel sistema della responsabilità amministrativa da reato ambientale degli enti in virtù delle norme generali contenute negli artt. 12 e 17 del d.lgs. n. 231/2001, ai sensi delle quali la rapida realizzazione degli interventi di ripristino dei siti contaminati rappresenta una delle condizioni per la riduzione della sanzione pecuniaria e per l'esclusione delle sanzioni interdittive.

La necessaria premessa di queste riflessioni è che, con le riforme effettuate tramite il d.lgs. 121/2011 e la l. n. 68/2015⁽⁷³⁾, il microcosmo punitivo degli enti si è espanso anche alla materia della tutela dell'ecosistema, acquisendo sempre maggiore rilevanza applicativa⁽⁷⁴⁾. Tuttavia, nonostante l'alluvionale estensione dell'elenco dei reati ambientali presupposto contenuto nell'art. 25-*undecies* del decreto⁽⁷⁵⁾, tra di essi non figura l'ecodelitto previsto dall'art. 452-*terdecies* c.p., ma solo la contravvenzione disciplinata dall'art. 257 T.U.A. Tale esclusione risulta del tutto irragionevole, anche in considerazione della prevalenza applicativa della fattispecie delittuosa su quella contravvenzionale⁽⁷⁶⁾: ciò, infatti, potrebbe condurre a perversi esiti imputativi, inducendo le Procure a qualificare il fatto come contravvenzione *ex* art. 257 T.U.A. quando ritengano di dover attingere anche l'ente, e a ripiegare invece sul delitto (in teoria prevalente) di cui all'art. 452-*terdecies* c.p. quando ritengano assente un suo coinvolgimento o, ancor peggio, quando esso possa essere attinto mediante un altro ecodelitto presupposto⁽⁷⁷⁾. Tali avventure ermeneutiche sono senza dubbio censurabili. Rimane, però, la disfunzionale amputazione del d.lgs. n. 231/2001 in materia ambientale, il cui mancato richiamo all'art. 452-*terdecies* c.p. implica l'impunità dell'impresa di appartenenza del reo nei casi di omissione dolosa della bonifica.

Al contrario, la sua realizzazione può svolgere per l'ente una funzione di esenzione dalla sanzione, ma solo con riferimento alle contravvenzioni ambientali presupposto che sanzionano un fatto di contaminazione in virtù della generale condizione obiettiva di non punibilità contenuta nel-

⁽⁷³⁾ G. AMARELLI, *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 405 ss.

⁽⁷⁴⁾ V. PAONE, *I reati contro ambiente e paesaggio nei dati delle Procure: l'ISTAT fa il punto sugli ultimi dieci anni*, in *Amb. & Svil.*, 2018, p. 633 ss.

⁽⁷⁵⁾ È ormai acquisito che gli illeciti ambientali costituiscono spesso reati di impresa: *ex multis*, G. ROTOLO, *Riconoscibilità*, cit., p. 211 e 212.

⁽⁷⁶⁾ Analogamente, A. DI LANDRO, *I problemi*, cit. n *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 355 ss. e B. D'OTTAVIO, *La responsabilità da reato dell'ente in materia ambientale*, in (diretto da) N. PISANI, L. CORNACCHIA, *Il nuovo diritto penale*, cit., p. 671 e 672.

⁽⁷⁷⁾ G. AMARELLI, *I nuovi reati*, cit., in *Cass. pen.*, 2016, p. 405 ss.

l'art. 257, ult. co. T.U.A. ⁽⁷⁸⁾. Per quanto invece attiene agli ecodelitti presupposto, l'effettuazione delle onerose e complesse operazioni di bonifica dei siti contaminati è blandamente incentivata, in quanto essa rappresenta solo una delle condizioni per la riduzione della sanzione pecuniaria (art. 12 del decreto) e per l'esclusione delle sanzioni interdittive (art. 17 e, in sede cautelare, art. 50 del decreto): nel primo caso, sono necessari anche il risarcimento del danno e l'adozione di un modello di organizzazione e gestione idoneo, mentre nel secondo caso a queste due condizioni si aggiunge la messa a disposizione del profitto.

La normativa vigente in materia di responsabilità amministrativa da reato ambientale degli enti risulta dunque carente sia sul piano delle sanzioni negative deterrenti sia sul piano delle sanzioni positive promozionali. Il raffronto con il paradigma teorico della “*enforcement pyramid*” consente comunque di formulare alcune proposte *de lege ferenda* su entrambi i versanti. La prima consiste nell'introduzione del delitto di omessa bonifica tra i reati presupposto: di norma, infatti, è l'impresa a detenere le risorse organizzative ed economiche necessarie alla realizzazione delle complesse operazioni di risanamento ambientale e la loro omissione dovrebbe, dunque, essere imputabile anche ad essa. La seconda proposta consiste invece nella attribuzione di autonoma efficacia premiale alla tempestiva effettuazione degli interventi ripristinatori: pare infatti opportuno che la realizzazione repentina di tali attività, senza ulteriori condizioni, consenta all'ente di non essere soggetto a sanzioni interdittive, di escludere l'applicazione della confisca (perlomeno delle somme necessarie alla bonifica) ⁽⁷⁹⁾ e di ottenere una più consistente riduzione della sanzione pecuniaria. Le operazioni di risanamento dei siti contaminati sono infatti più complesse, onerose e importanti rispetto alle ordinarie attività ripristinatorie e meritano, quindi, sanzioni positive più elevate rispetto a quelle previste dall'art. 12 del decreto.

Più in generale, pare necessario un migliore raccordo tra il sistema della responsabilità *ex crimine* ambientale degli enti e la disciplina premiale riguardante le persone fisiche, non solo rispetto alle conseguenze del (mancato) risanamento dei siti contaminati, ma anche con riguardo alla procedura di estinzione delle contravvenzioni disciplinata dagli artt 318-*bis* ss. T.U.A. che, in ragione del dettato dell'art. 8 del decreto, non può esten-

⁽⁷⁸⁾ Infatti, tale qualificazione (*supra*, nota 50) consente estendere il beneficio anche all'ente. Cfr. A. DI LANDRO, *Bonifiche: il labirinto*, cit., in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 1 ss.

⁽⁷⁹⁾ Tale suggestione si fonda sulle acute osservazioni di F. PALAZZO, *I nuovi reati*, cit., in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 1, p. 329 ss.

dere i propri effetti all'ente. Ciò risulta del tutto irragionevole non appena si ricordi che è proprio l'impresa (e non la persona fisica) a possedere le risorse economiche e organizzative necessarie per l'effettuazione degli interventi (non solo di bonifica, ma anche) di ripristino della regolarità amministrativa⁽⁸⁰⁾.

5. Note conclusive.

In conclusione, si può rilevare come la diagnosi cui si è pervenuti all'esito dell'indagine teorica sulla disciplina della cooperazione pubblico-privato nel risanamento dei siti contaminati sia, tutto sommato, positiva. In tale specifico ambito⁽⁸¹⁾, infatti, il diritto penale tenta di svolgere le funzioni che gli sono assegnate dallo Stato sociale costituzionale mediante l'impiego di una combinazione di strumenti repressivi e promozionali che, pur perfettibile, rivela in definitiva l'apprezzabile tentativo di conciliare la necessaria razionalità rispetto allo scopo (preventivo e rimediabile) perseguito dalla legislazione ambientale con l'esigenza di rispettare i fondamentali principi liberali della "Magna Charta del reo". Dalle considerazioni svolte, dunque, parrebbe potersi desumere un cauto ottimismo.

Tuttavia, il confronto con la realtà in cui tale ambizioso impianto normativo deve essere applicato disvela il carattere *naïf* di tale giudizio positivo. Lo dimostrano i dati relativi alla realizzazione delle (obbligatorie!) operazioni di risanamento dei siti contaminati recentemente riportati da Luca Santa Maria, i quali sono davvero impietosi, con percentuali di effettivo completamento di tali procedure del tutto risibili⁽⁸²⁾. Non a caso, per approfondire e chiarire le problematiche relative allo svolgimento degli interventi di bonifica sono state istituite due Commissioni bicamerali di inchiesta, le quali hanno terminato i propri lavori nel 2012 e nel 2018. Le conclusioni cui esse sono pervenute sono allarmanti e sconfortanti. Nel primo documento, infatti, si afferma che «un dato emerso in maniera evidente [...] è quello concernente l'estrema lentezza, se non la stasi, delle procedure attinenti alla bonifica dei siti di interesse nazionale. [...] L'impressione [è] che la pubblica amministrazione [...] si attivi concretamente solo a seguito dell'apertura di indagini giudiziarie [...] All'esito dell'inchie-

⁽⁸⁰⁾ Nello stesso senso, R. LOSENGO, *La legge sugli ecoreati 5 anni dopo: un primo bilancio*, cit., in *LexAmbiente* 2020, p. 111 ss.

⁽⁸¹⁾ Nella materia ambientale si registrano invece vari esempi di impiego simbolico della pena: *ex multis*, C. IAGNEMMA, *Il delitto di omessa bonifica*, cit., p. 311 e 312.

⁽⁸²⁾ L. SANTA MARIA, *Il diritto penale dell'ambiente, ieri, oggi e domani: cronaca di un fallimento annunciato*, in *Dir. pen. uomo*, 2020, p. 1 ss.

sta della Commissione, il quadro risulta desolante»⁽⁸³⁾. Trattasi di una catastrofe immobile, tanto che la seconda relazione, pur giungendo cinque anni dopo la precedente, deve «registrare una serie di problemi in buona parte sovrapponibili a quelli allora evidenziati»⁽⁸⁴⁾.

Tali documenti segnalano dunque in maniera inequivoca quali sono le reali criticità della disciplina della bonifica nell'ordinamento italiano: la farraginosità della normativa amministrativa e l'inefficienza (per molteplici ragioni, tra cui scarsa trasparenza, lentezza, mancanza di coordinamento, incompetenza) delle autorità pubbliche nell'applicarla. Si tratta di un dato evidenziato non solo in sede politica ma anche nell'ambito dell'elaborazione scientifica⁽⁸⁵⁾.

Ebbene, non appena si consideri che il diritto penale ambientale è sia sul versante repressivo (in ragione della sua attitudine di norma "sanzionatoria") sia sul versante premiale subordinato all'efficacia della pertinente attività amministrativa⁽⁸⁶⁾, risulta evidente come queste considerazioni ne minino alle fondamenta l'effettività e la razionalità. Se, infatti, l'autorità pubblica non è in grado di svolgere la sua funzione di governo dell'ambiente, allora il diritto punitivo si ritrova senza guida nel suo labirinto ed è destinato a smarrirsi nei vicoli ciechi dell'impiego meramente retributivo, se non addirittura simbolico, della pena. Pertanto, dando atto dei limiti funzionali della materia che tenta di plasmare, il penalista deve in conclusione riconoscere che la riforma del diritto penale ambientale che è più urgente e necessario adottare nel contesto normativo della bonifica è, probabilmente, la riforma del (pertinente) diritto amministrativo ambientale.

Bibliografia

- AMARELLI G., *I nuovi reati ambientali e la responsabilità degli enti collettivi: una grande aspettativa parzialmente delusa*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 405 ss.
- AYRES I., BRAITHWAITE J., *Responsive regulation. Transcending the deregulation debate*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

⁽⁸³⁾ Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti (XVI legislatura), *Relazione sulle bonifiche dei siti contaminati in Italia*, 12 dicembre 2012, p. 11 e 660.

⁽⁸⁴⁾ Commissione parlamentare di inchiesta sulle attività illecite connesse al ciclo dei rifiuti e su illeciti ambientali ad esse correlati (XVII legislatura), *Relazione conclusiva*, 1 marzo 2018, p. 132.

⁽⁸⁵⁾ *Ex multis*, A. DI LANDRO, *Bonifiche: il labirinto*, cit., 2014, in *Dir. pen. cont.*, p. 1 ss.

⁽⁸⁶⁾ *Supra*, nota 17.

- BALDWIN R., BLACK J., *Really responsive regulation*, in *The modern law review*, 2008, p. 59 ss.
- BERNASCONI C., *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antiggiuridicità, colpevolezza*, Edizioni ETS, Pisa, 2008.
- BERNASCONI C., *Il “bastone” e la “carota” nella nuova disciplina dei reati ambientali*, in *Studium Juris*, 2015, p. 1403 ss.
- BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*^{ed. dig.}, Laterza, Bari, 2015.
- BRAITHWAITE J., *Restorative Justice and Responsive Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- CENTONZE F., MANACORDA S., *Historical Pollution. Comparative Legal Responses to Environmental Crimes*, Springer, Svizzera, 2017.
- D’ALESSANDRO F., *La tutela penale dell’ambiente tra passato e futuro*, in *Jus*, 2016, p. 83 ss.
- DE SANTIS G., *Bonifica dei siti contaminati. Profili di responsabilità penale. I parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1478 ss.
- DE SANTIS G., *Bonifica dei siti contaminati. Profili di responsabilità penale. II Parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 1727 ss.
- DI LANDRO A., *Bonifiche: il labirinto della legislazione ambientale dove le responsabilità penali “si perdono”*, in *Dir. pen. cont.*, 2014, p. 1 ss.
- DI LANDRO A., *I problemi relativi al delitto di omessa bonifica-ripristino. In particolare, quali responsabilità per l’autore del danno ambientale e quali per gli altri soggetti?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, p. 355 ss.
- DI MARTINO A., *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Giuffrè, Milano, 1998.
- FRANZIN D., *Governo penale dell’ambiente e non punibilità condizionata*, ESI, Napoli, 2018.
- GARGANI A., *Jus in latenti. Profili di incertezza del diritto penale dell’ambiente*, in *Criminalia*, 2020, p. 111 ss.
- GIUNTA F., *Tutela dell’ambiente (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, 2008, p. 1151 ss.
- GUNNINGHAM N., GRABOSKY P., *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Oxford University Press, Oxford, 1998.
- LEOTTA F., *La natura giuridica delle attività di bonifica dei siti inquinati*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2017, p. 227 ss.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2005.
- MANNA A., LOSENGO R., *La legge sugli ecoreati 5 anni dopo: un primo bilancio*, in *LexAmbiente*, 2020, p. 111 ss.
- PADOVANI T., *Legge sugli ecoreati. Un impianto inefficace che non aiuta l’ambiente*, in *Guida al diritto*, 1 agosto 2015.
- PALAZZO F., *I nuovi reati ambientali. Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell’ente*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, p. 329 ss.
- PALIERO C. E., VIGANÒ F., BASILE F., GATTA G. L. (a cura di), *La pena ancora: fra attualità e tradizione*, Giuffrè, Milano, 2018.
- PAONE V., *I reati contro ambiente e paesaggio nei dati delle Procure: l’ISTAT fa il punto sugli ultimi dieci anni*, in *Amb. & Svil.*, 2018, p. 633 ss.
- PAONE V., *La particolare tenuità del fatto e i reati ambientali*, in *Amb. & Svil.*, 2018, p. 729 ss.
- PISANI N., CORNACCHIA L. (diretto da), *Il nuovo diritto penale dell’ambiente*, Zanichelli, Bologna, 2018.

- POMES F., *Procedura estintiva delle contravvenzioni ambientali e funzione ripristinatoria del diritto penale*, in *LexAmbiente*, 2019, p. 60 ss.
- PRATI L., *Il reato di omessa bonifica ex art. 452-terdecies: una norma problematica di dubbia giustizia sostanziale*, in *Amb. & Svil.*, 2017, p. 22 ss.
- ROTOLO G., *Riconoscibilità del precetto penale e modelli innovativi di tutela. Analisi critica del diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2018.
- RUGA RIVA C., *Diritto penale dell'ambiente. Parte generale*, Giappichelli, Torino, 2011.
- SANTA MARIA L., *Il diritto penale dell'ambiente, ieri, oggi e domani: cronaca di un fallimento annunciato*, in *Dir. pen. uomo*, 2020, p. 1 ss.
- SANTORO C., AZZOLIN C., *Le sentenze in materia di reati ambientali presso il Tribunale di Milano nel triennio 2015-2017: risultati e prospettive*, in *LexAmbiente*, 2018, p. 1 ss.
- SIRACUSA L., *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Giuffrè, Milano, 2007.

Quale sia il cammino che attende l'ampio campo disciplinare relativo al problema penale è questione aperta. Sebbene i suoi tratti essenziali ruotino ancora intorno ai tre poli del fatto-reato, delle sue conseguenze e del suo autore, i relativi significati sono ormai fortemente intrisi dalle profonde trasformazioni della società contemporanea, con la crescente mobilità delle persone e dei beni, con la penetrante digitalizzazione delle informazioni e delle comunicazioni, con le difficili sfide poste dalla compatibilità fra la tutela dell'ambiente e lo sviluppo economico, con la necessaria aggregazione degli ordinamenti statuali in varie forme di cooperazione transnazionale e in molteplici organizzazioni internazionali.

Interrogarsi sulle ricadute che tali potenti fattori di mutamento dei sistemi giuridici vanno producendo sulla giustizia penale, e come interagiscano con le tendenze del movimento internazionale di riforma volte a umanizzare e rendere più giusti il diritto, il processo e l'esecuzione penale sono i compiti precipui che si pone la collana "Giustizia penale in cammino".

Essa nasce come confluenza delle iniziative congiunte del *The Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights* e del Gruppo italiano dell'*Association Internationale de Droit Pénal*, sulla base di una volontà dei rispettivi presidenti *Jean-François Thony* e *Paola Severino* di consentire una raccolta in una sede unitaria dei relativi risultati meritevoli di una più ampia diffusione. Ciò a partire dai contributi al corso interdotto "Giuliano Vassalli", che in oltre un decennio ha messo a confronto centinaia di giovani dottorandi e dottori di ricerca in diritto e procedura penale provenienti da molteplici Atenei, non solo italiani.

Al contempo, la collana è aperta a contributi e saggi, individuali e collettivi, che contribuiscano agli obiettivi delle due istituzioni di promuovere un approfondimento critico e un aggiornamento degli strumenti concettuali in relazione al problema della giustizia penale, nei suoi vari profili.

€ 60,00
024214765

ISBN 978-88-28-83736-7



9 788828 837367