

CONFRONTO DI IDEE

DÉSIRÉE FONDAROLI

**Non c'è pace tra gli ulivi.
La sperimentazione inesausta del diritto penale
dell'impresa e dell'economia.
Spunti per un *Confronto di idee***

L'Autore propone alcuni temi per un Confronto di idee in relazione al diritto dell'impresa e dell'economia, divenuto un "laboratorio" sperimentale a ciclo continuo delle riforme in ambito penale. Accanto alle fattispecie di nuovo conio ed alla modifica di quelle previgenti, viene dilatata l'estensione delle misure ablativo e della responsabilità degli enti, mentre si confermano le strategie di contrasto alla corruzione e la necessità di individuazione anticipata dello stato di crisi delle imprese, nella cornice degli obiettivi connessi ai paradigmi dello sviluppo sostenibile

There is no peace among the olive trees. The inexhaustible experimentation of the business and economic criminal law. Cues for a comparison of ideas.

The author suggests a comparison of ideas in relation to business and economic law, which has become a continuous cycle experimental "laboratory" of reforms in the penal field. Alongside the newly minted cases and the alteration of the former ones, the extension of ablativo measures and the prosecution and punishment of corporate Criminality is being expanded, while the strategies to combat corruption and the need for early identification of the state of corporate crisis are confirmed, in the frame of the sustainable development.

1. Il diritto dell'impresa e dell'economia è divenuto un "laboratorio" sperimentale a ciclo continuo delle riforme in ambito penale.

Nella cornice di interventi normativi sovranazionali e statali, le direttrici di sviluppo degli ultimi anni sono molteplici. E muovono da un presupposto che, come ricordato di recente da Tullio Padovani¹, si radica nella intuizione di Filippo Sgubbi. Infatti, nella *Premessa* del Suo *Il reato come rischio sociale*², l'allocatione dell'illegalità penale si impone quale "rischio sociale" «perché i fattori, da cui dipende oggi l'insorgere della responsabilità penale, attengono principalmente alla collocazione economico-sociale dell'individuo ed alle attività il cui esercizio è tipicamente connesso al ruolo sociale di appartenenza: nel senso che la probabilità di incorrere in responsabilità penale che

¹ PADOVANI, *Relazione*, in *Il pensiero giuridico di Filippo Sgubbi. Dal 'reato come rischio sociale' al 'diritto penale totale'*, in *Atti del Convegno di Catanzaro 29 gennaio 2021*, Catanzaro, 2022, 42.

² SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocatione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, 7.

grava su un individuo aumenta o diminuisce in funzione della posizione economica e sociale di un individuo e della tipologia di attività di regola espletate in tale posizione».

2. Almeno due filoni sono riconoscibili e si stagliano tra gli altri.

Per un verso, il Legislatore interviene costantemente nell'ordinamento aggiungendo fattispecie di carattere punitivo, correlate a sanzioni di tipo penale *stricto sensu* ovvero a sanzioni amministrative riconducibili al concetto di “materia penale” in senso sostanziale. Frequentemente in ambiti contrassegnati da procedimenti amministrativi complessi e articolati, come nel caso del diritto tributario e della tutela dei mercati finanziari, si stabilisce un “doppio binario” rispetto al quale la giurisprudenza è costretta a intervenire per sanare la violazione del divieto di *bis in idem*. Le stesse disposizioni, nella evidenza della duplicazione dell'intervento punitivo, contengono principi di orientamento, ma molto spesso, ciò nonostante, la Corte Costituzionale e la Corte CEDU (oltre alla Corte di Cassazione in più occasioni) sono costrette a fare sentire la propria voce³.

Per altro verso, nella prospettiva della tutela dei beni giuridici, si dilata l'area di protezione manifestamente riconosciuta a beni “collettivi”, quali l'ambiente ed il patrimonio culturale, cui la Costituzione assicura tutela rafforzata, mentre, al contempo, il «politeismo dei valori» determina la costante necessità di bilanciamento di verità «singolari» ed interessi fra loro confliggenti, in massima parte incentrati sull'individuo e sulla “cifra” della differenziazione dei “sistemi penali”⁴.

³ Per una ricostruzione del percorso della giurisprudenza delle Alte Corti cfr. FABERI, *Ne bis in idem: il dialogo riaperto*, in *questa Rivista*, 2016, 9, 1ss.; SCOZZARELLA, *La questione del ne bis in idem nella giurisprudenza della CEDU e nella giurisprudenza nazionale di merito, di legittimità e della corte costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2019; BRANCACCIO-FIDELBO, *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 30 marzo 2017; SCOLETTA, *Il principio di ne bis in idem e i modelli punitivi “a doppio binario”*, in *Dir. pen. cont.*, 2021, 4, 141 ss.; ARANCI, *Le deroghe al ne bis in idem ex art. 55 CAAS (finalmente) al vaglio della Corte di giustizia*, in *rivista.eurojus.it*, 29 settembre 2021; MANGIARACINA (a cura di), *Il ne bis in idem*, Torino 2021.

⁴ *Amplius* e approfonditamente SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019, 51 ss.; sul “paradigma del caso concreto” si consenta di rinviare a FONDAROLI, *L'accertamento della responsabilità penale secondo il paradigma del “caso per caso” ed il “circo mediatico-giudiziario”*, in *questa Rivista*, 2014, 1, 135 ss.

3. La tipologia di sanzione prediletta dal legislatore nazionale e sovranazionale, con riguardo ai reati a sfondo economico, è l'intervento "ablativo" che consente di incidere maggiormente sul patrimonio individuale e su quello dell'impresa: confisca, variamente declinata in relazione a profitto, prodotto e prezzo; confisca per equivalente; confisca c.d. allargata (art. 240-*bis* c.p.); "congelamento", per quanto concerne le c.d. sanzioni economiche internazionali.

4. Con uno spettro di operatività sempre maggiore, a oltre vent'anni dalla sua entrata in vigore, il d.lgs. 231/2001, che regola la responsabilità "da reato" degli enti, costituisce un (non più micro) cosmo con il rango di sistema autonomo e parallelo a quello relativo alla responsabilità individuale: non solo la stratificazione della giurisprudenza e le interpretazioni della dottrina hanno arricchito un tessuto normativo originariamente scarno e risolto sovente mediante la tecnica del rinvio al diritto penale (sostanziale e processuale) "generale", ma lo stesso Legislatore implementa costantemente il catalogo dei reati presupposto, tanto che il novero originario, limitato agli artt. 24 e 25, raggiunge oggi l'estensione rispettivamente *24-ter* e *25-duodevicies* (con ulteriori "variazioni sul tema": artt. *25 bis.1*, *25 quater.1*, *25 octies.1*), con frequente contestuale introduzione di nuove fattispecie e/o rimodulazione dell'alveo di applicazione di ciascuna di esse.

Paradigmatico l'attuale perimetro dell'illecito amministrativo dell'ente dipendente dalla radicale modifica dei delitti di riciclaggio, autoriciclaggio ed impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, inclusivo del caso in cui il reato presupposto sia un delitto colposo ovvero una contravvenzione punita con l'arresto superiore nel massimo a un anno o nel minimo a sei mesi: la portata deflagrante della riforma si può apprezzare considerando la molteplicità di illeciti colposi che, ad esempio, affollano il d. lgs. 81/2008 in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, la cui violazione può comportare significativi "risparmi di spesa".

Fermo restando che i delitti ex artt. *648-bis*, *648-ter* e *648-ter.1* c.p. restano dolosi, la responsabilità dell'ente, di per sé caratterizzata dalla colpa in organizzazione, viene ad essere ancorata in via mediata ad un illecito colposo i cui

proventi possono essere oggetto delle condotte di riciclaggio, autoriciclaggio ed impiego: si tratterà di capire se i requisiti dell'interesse o del vantaggio dell'ente possano operare in senso restrittivo, posto che non sono mai state pienamente risolte le criticità che li connotano rispetto alla tipicità dei reati-presupposto colposi, soprattutto con riguardo all'art. 25-*septies* d.lgs. 231/2001.

La posta in gioco è elevata, atteso che l'accertamento della responsabilità ex d.lgs. 231/2001 comporta l'applicazione di sanzioni pecuniarie ed interdittive, oltre che la confisca del prezzo o del profitto, mentre già in sede di indagini preliminari può darsi luogo al sequestro preventivo a scopo di confisca ed alle misure cautelari interdittive.

Da qui la rilevanza degli approdi giurisprudenziali in ordine alla idoneità del Modello di Organizzazione e di gestione⁵, anche con riguardo all'esercizio della funzione di vigilanza da parte dell'Organismo a ciò deputato ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 231/2001⁶.

5. Dal punto di vista dell'ampliamento degli ambiti di rilevanza penale, anche con riferimento alla responsabilità degli enti, la tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile è divenuta il baricentro di interventi normativi e giurisprudenziali ad ampio raggio.

In tale cornice si collocano non solo il Regolamento 2021/1119/UE (c.d. "Normativa europea sul clima"), che preannuncia una serie di ulteriori atti normativi relativi alla gestione del "rischio climatico" e la proposta di direttiva del 15 dicembre 2021 sui reati ambientali, destinata a sostituire la direttiva 2008/99/EC, ma anche gli obblighi di matrice europea in tema di trasparenza su questioni ambientali, sociali e di *governance*.

Sintomatico il citato inserimento esplicito dell'ambiente tra i beni di rango costituzionale, che ha attraversato la riforma degli artt. 9 e 41 Cost. ad opera della l. cost. 11 febbraio 2022 n. 1. Il rilievo della disciplina è notevole sotto diversi profili, integrando la previsione dell'art. 117, co. 2 lett. s) Cost., che

⁵ Cass., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401, in *DeJure*.

⁶ Si pensi a Trib. Milano, Sez. II, 15 ottobre 2020 (dep. 7 aprile 2021), n. 10748, in *www.giurisprudenzapenale.com*; Trib. Vicenza, 19 marzo 2021 (dep. 17 giugno 2021), n. 248, in *ivi*.

assegna allo Stato competenza esclusiva in materia di «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali».

6. Si va ben oltre.

L'Agenda globale delle Nazioni Unite 2030 ed i suoi *Sustainable Development Goals* necessitano di contesti “economici legalmente sostenibili”⁷: ma se degli effetti della corruzione molto si presume, poco si discute, salvo che da parte di pochi eletti⁸, della corretta definizione e misurazione di un fenomeno che tanti interventi normativi ha attratto e continua ad pretendere. E che può essere arginato attraverso idonei sistemi di controllo interno e modelli organizzativi e di gestione, da attuarsi efficacemente, fondati su assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa e della perdita della continuità aziendale.

Così, il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza (d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14), attraverso l'art. 375, co. 1, ha modificato la rubrica ed il tenore dell'art. 2086 c.c. e fissato i presupposti della distinzione tra stato di crisi e stato di insolvenza, travolgendo lo scenario di riferimento della fase “pre-decozione”, rispetto ai quali quanto mai urgente ed indispensabile appare l'adozione delle *Proposte di revisione delle disposizioni penali del CCII e della legge fallimentare* elaborate dalla Commissione Bricchetti, anche in relazione alla regolazione dei rapporti tra istanze del ceto creditorio ed esigenze cautelari patrimoniali penali⁹.

7. Vi è molto su cui riflettere.

L'ardito compito è affidato al *Confronto di idee* del fascicolo 1/2023 della *Rivista*, che ospiterà i sapienti e lungimiranti contributi di Renato Bricchetti, Salvatore Dovere, Alessandro Melchionda, Attilio Nisco, Alessio Scarcella e Giovanni Tartaglia Polcini.

⁷ DURANTE MANGONI-TARTAGLIA POLCINI, *La diplomazia giuridica*, Napoli, 2019, 25.

⁸ TARTAGLIA POLCINI, *La corruzione tra realtà e rappresentazione*, Roma, 2018.

⁹ Cfr. in <https://www.gnewsonline.it/reati-fallimentari-consegnata-la-relazione-della-commissione/>.