DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Corso di Dottorato in

DIRITTO DEI MERCATI EUROPEI E GLOBALI.
CRISI, DIRITTI, REGOLAZIONE – XXXI CICLO

Titolo tesi

CRISI ECONOMICA E DIRITTO PENALE

(S.S.D. IUS/17)

Tesi di dottorato di:

Dott.ssa Martina Galli

Coordinatore del corso:

Prof. Carlo Sotis

Tutor:

Prof. Carlo Sotis

A.A. 2018/19

«*Fu solo tre mesi più tardi, a metà dicembre, che il caso della Banca Universale giunse finalmente davanti al tribunale. Occupò cinque lunghe udienze della polizia correzionale, in mezzo a un'intensissima curiosità. La stampa aveva fatto gran chiasso sul disastro, circolavano storie straordinarie sulla lentenzza dell'istruttoria. Fu molto notata l'esposizione dei fatti che la procura aveva costruito, un capolavoro di logica feroce, in cui i minimi dettagli erano raggruppati, utilizzati, interpretati con chiarezza inoppugnabile. D'altra parte ovunque si diceva che la sentenza fosse stata scritta in anticipo*».

Émile Zola, *L'argent*, Paris, 1891
(trad. it di Fabio Grassi – Palermo: Sellerio, 2017)

SOMMARIO

INTRODUZIONE – CRISI DEL DIRITTO PENALE, DIRITTO PENALE DELLA CRISI ECONOMICA **9**

0. Premessa. Il topos della crisi del diritto ieri e oggi 9
1. Crisi come «fossato che si scava tra spazio d'esperienza e orizzonte di aspettativa» 11
2. Presentazione del problema: crisi del diritto penale, diritto penale della crisi 13
3. Dallo scopo all'oggetto dell'indagine: la crisi economica come fattore di giustificazione delle decisioni in diritto penale dell'economia 16
4. Il percorso dell'indagine 17

PARTE I – DIRITTO PENALE E GLOBALIZZAZIONE **19**

CAPITOLO I – SULLO SFONDO DELLA RISPOSTA PENALISTICA ALLA CRISI ECONOMICA: LA GLOBALIZZAZIONE DEL DIRITTO (PENALE) **19**

0. Premessa. Dimensione giuridica e globalizzazione 19
1. Verso un diritto orientato in senso globale? 19
2. Diritto penale e globalizzazione: lineamenti di una trasformazione in atto 21
2.1. Trasformazione rispetto al sistema delle fonti e agli attori 22
2.1.1. Complessità "dall'alto" 22
2.1.2. Complessità "dal basso" 24
2.1.3. Complessità e giurisprudenzializzazione del diritto 27
2.2. Trasformazione rispetto al fine e all'oggetto 28
2.3. Trasformazione rispetto ai soggetti 30
2.4. Trasformazione rispetto al mezzo? 34
2.4.1. Diritto penale globalizzato ed effetti collaterali della pena 35
2.4.2. In generale sul problema degli effetti collaterali della pena 36
2.4.3. Effetti collaterali della pena e sostenibilità dell'intervento punitivo 39

CAPITOLO II – LA "SOSTENIBILITÀ" DELL'INTERVENTO PENALE NEL NUOVO AMBIENTE GLOBALIZZATO. UN DIRITTO PENALE ORIENTATO AGLI EFFETTI DELLA PENA? **42**

0. Premessa. Dal problema della sostenibilità della pena ai modelli di soluzione 42
1. Il modello negoziale nei Paesi di stampo anglosassone 43
1.1. Effetti collaterali della pena e modello negoziale negli USA 43
*1.1.1. Gli strumenti di "*pre-trial diversion*" (DPAs e NPAs) come soluzione intermedia tra l'esercizio dell'azione penale e la sua rinuncia* 43
*1.1.2. Approccio multifattoriale e "*collateral effects*": le indicazioni contenute nei* Prosecutors' Memoranda *e nell'*U.S. Attorney Manual 45
1.1.3. La judicial review *nel sistema statunitense* 49
1.1.4. Le irritazioni interne all'ordinamento statunitense 52
1.2. Gli strumenti di *pre-trial diversion* nel Regno Unito: fattori favorevoli e contrari all'azione penale nel *DPAs Code* del 2013 54
1.2.1. La judicial review *nel sistema inglese* 56
2. La diffusione su scala globale della soluzione negoziale. In particolare: l'esperienza francese della «*convention judiciaire d'intérêt public*» 57
2.1. La *convention judiciaire d'intérêt public*: presentazione 58
2.2. La CJIP come giustizia penale "*manageriale*" di stampo neoliberale? 60

2.3. Oltre la logica "manageriale" 64
a)La rinuncia a "dire" la responsabilità penale 64
b)Un nuovo rapporto tra processo penale e tempo 65
c)Il ruolo atipico del giudice penale 66
2.4. Verso una strategia di sostenibilità della giustizia penale 68
2.4.1. Il controllo sugli effetti della censura penale: de-*simbolizzazione o trasfigurazione del simbolismo penale?* 68
2.4.2. Dalla pena per il "passato" al controllo del "futuro" 71
2.5. L'interesse pubblico come fondamento della CJIP 73
2.5.1. "Intérêt public" *ed enti d'interesse pubblico* 74
2.5.2. Interesse alla procedura e interesse "competitivo" della giustizia francese 75
2.5.3. I fattori d'interesse pubblico negli agreements anglosassoni 75
3. Il modello giudiziale. La via italiana della tutela alle esigenze di continuità aziendale 79
3.1. Approccio monofattoriale orientato sugli effetti della pena: l'istituto del commissariamento giudiziale nel d.lgs. 231/2001 80
4. Il giudice penale davanti al problema della sostenibilità della pena 82
4.1. Un bilanciamento "spurio", "in concreto" e di tipo "prognostico-predittivo" 84
4.2. Giudizio di rilevanza *vs.* giudizio di prevalenza 86
4.2.1. Il giudizio di rilevanza come decisione fondata su standards 86
4.2.2. La giustificazione della decisione sulla rilevanza degli effetti 87
i) Giustificazione interna: il giudizio prognostico sugli effetti 88
ii) Giustificazione esterna: l'integrazione valutativa dello standard 89
4.3. Nota conclusiva. Riposizionamento temporale *vs.* riposizionamento funzionale del giudice penale 90

PARTE II – DIRITTO PENALE E CRISI ECONOMICA 93

CAPITOLO III – LE ESPERIENZE DEL DIRITTO PENALE NELLA CRISI ECONOMICA 93

0. Proposta di classificazione delle esperienze del diritto penale nella crisi e premessa metodologica 93
SEZIONE I – PRIMA CLASSE DI ESPERIENZE: LA RISPOSTA AI FENOMENI CRIMINALI "*CRISIS-RELATED*" 96
0. Premessa. Alcune note sull'eziologia *multifattoriale* della crisi economico-finanziaria del 2008 96
1. Breve fenomenologia delle condotte potenzialmente criminali connesse allo scandalo dei mutui *subprime* 97
1.1. Un pronostico sull'andamento della reazione punitiva nei confronti dei comportamenti *crisis-related* 99
2. *Excursus.* La crisi del 2008 come "disastro finanziario"? La tendenza a risolvere mediante *pena* il conflitto sociale generato dal "disastro" 100
3. Il sistema repressivo statunitense in materia di frodi su strumenti finanziari. La base legale della reazione punitiva del *post*-crisi 105
4. «*Nobody goes to jail*»? Breve cronaca giudiziaria 113
a) Il caso Butler *e* Tzolov 114
b) Il caso Ralph Cioffi *e* Matthew Tanni*n* 115
c) Il caso Kareem Serageldin 115
5. La reazione punitiva nei confronti degli enti coinvolti nella crisi dei mutui *subprime*: il DOJ da *prosecutor* ad autorità di enforcement del FIRREA 118
6. Sull'opera di criminalizzazione in concreto delle *securities frauds* nel *post*-crisi 121
6.1. I giudizi di opportunità delle agenzie e la normalità della "selezione penale" nel sistema statunitense in materia di frodi finanziarie 122
6.2. Le linee giustificative avanzate dai prosecutors 124

6.2.1. Difficoltà di punire e diseconomicità dell'esercizio dell'azione penale. «Too hard to win» *perché* «too difficult to prove» 124
6.2.1.1. La difficoltà di provare l'elemento psicologico in capo alla persona fisica, tra willfull blindness *e* intent to defraud 126
6.2.1.2. «Too hard to win» *e presenza di alternative "adeguate" al processo penale* 128
6.2.2. Disutilità della pena («too harmful to jail»*)* 129
6.3. La *crisi economica* come contesto che orienta le scelte *politico-criminali* 130
6.3.1. Il contesto che guida il sistema: l'efficientismo come linea politico-criminale prodotta dalla crisi 131
6.3.2. Il rischio di «collateral effects» *come argomento populistico?* 134
SEZIONE II – SECONDA CLASSE DI ESPERIENZE: LA RISPOSTA AI COMPORTAMENTI CRIMINALI *COMPULSATI* DALLA CRISI ECONOMICA 136
0. Premessa. La crisi economica come fattore "necessitante" di comportamenti criminali 136
1. Inquadramento preliminare: i reati di "evasione da riscossione" 137
2. La *querelle* tra Corti di merito e di legittimità in materia di omesso versamento 142
2.1. Crisi economica e causa di forza maggiore 142
2.1.1. Corti di merito e impostazione autonomista: il riconoscimento dell'astratta possibilità che la crisi di liquidità (sullo sfondo della crisi economica che attraversa il Paese) configuri una causa di forza maggiore 143
2.1.2. Corte di legittimità e rifiuto dell'impostazione autonomista 147
2.2. Crisi di liquidità e stato di necessità 149
2.3. Crisi economica ed elemento soggettivo 153
2.4. Il principio di inesigibilità soggettiva. Il giudice e la bussola del personalismo penale, fuori dal tracciato della legalità 158
3. Un *excursus* sulla categoria della inesigibilità. Apertura (e chiusura) di "valvole di sfogo" nel sistema? 162
4. Norma penale, a-normalità del contesto e bisogno di pena 165
4.1. *Ethos* del giudicante e contesto di crisi 167
SEZIONE III – TERZA CLASSE DI ESPERIENZE: LA RISPOSTA AI COMPORTAMENTI CRIMINALI *INCENTIVATI* DELLA CRISI ECONOMICA 170
0. Premessa. Le categorie di criminalità "del profitto" nell'ottica macro-economica e macro-offensiva veicolata dalla crisi 170
1. La risposta del legislatore europeo alla criminalità del profitto nell'ottica "macro-economica" e "macro-offensiva" veicolata dalla crisi 174
1.1. L'eco dell'assimilazione tra criminalità del profitto e criminalità di tipo mafioso nella sentenza "Taricco" 176
2. Il contrasto all'accumulazione di capitali illeciti nel panorama italiano: convergenze vecchie e nuove 178
2.1. L'iper-espansione dell'incapacitazione patrimoniale nella materia dell'evasione fiscale. Dall'evasore fiscalmente pericoloso all'applicazione del paradigma dell' "impresa mafiosa" per imprese finanziate con redditi da evasione fiscale 182
2.2. Il delitto di autoriciclaggio come tappa ulteriore della convergenza 184
3. L'*iper*-espansione della strategia politico-criminale patrimoniale: crisi "per mano dello Stato"? La frustrazione della "funzione sociale" della confisca 187
3.1. Verso un uso più accorto del paradigma confiscatorio: un contro-movimento nell'opera della giurisprudenza 192
3.2. …e del legislatore 195
4. Verso una giustizia penale patrimoniale sostenibile? Il ruolo ancipite degli interessi economici nel contrasto all'accumulazione di patrimoni illeciti 200
5. Alcune osservazioni di sintesi sull'intervento punitivo nel *con*-testo di crisi economica 202

CAPITOLO IV – MODELLI DI CRISI E DIRITTO PENALE DELLA CRISI ECONOMICA 203

0. PREMESSA 203
SEZIONE I – MODELLI DEL DIRITTO PENALE "DI CRISI" 205
1. Giustizia di transizione, diritto penale e crisi economica 205
1.1. I caratteri della giustizia (penale) di transizione 207
1.1.1 Variante punitiva (repressione penale) 208
1.1.2. Variante riconciliativa (verità in cambio di impunità) 209
1.1.3. Variante pacificatrice (dell'oblio o del perdono) 211
2. Diritto penale d'eccezione (per tempi a-normali) e crisi economica 213
2.1. I caratteri del diritto penale d'eccezione. Diritto penale d'eccezione *vs.* diritto penale "congiunturale" di crisi 217
3. Diritto penale di "lotta" e "crisi economica" 218
3.1. I caratteri del diritto penale di "lotta" 220
SEZIONE II – ESPERIENZE "DI CRISI" E MODELLI "DI CRISI" 223
1. Diritto penale e misure *congiunturali* di crisi: l'esempio islandese 223
1.1. I lavori della *Special Investigation Commission* (SIC) e la procedura di *impeachment* del primo ministro islandese 224
1.1.1. La SIC *come commissione di verità* sui generis*?* 228
1.2. Lettura dell'esperienza islandese alla luce dei "modelli di crisi" 230
2. Un altro esempio di diritto penale *congiunturale* di crisi: la modifica del criterio di calcolo del tasso-soglia nel reato di usura (presunta) ad opera del c.d. "decreto sviluppo" (d.l. n. 70/2011) 232
2.1. La giurisprudenza di legittimità sulla retroattività in mitior della modifica legislativa 237
2.2. Normativa a carattere congiunturale e torsioni applicative che richiamano il modello d'eccezione 238
3. Un'altra esperienza congiunturale di crisi: la Direttiva "MAD 2" in materia di abusi di mercato e l'attività di *rating* 241
3.1. La neutralizzazione (soft) del *rating* "pericoloso": la pena come meccanismo di sfiducia (piuttosto che di lotta) 243
3.2. *Standard and Poor's* davanti al Tribunale di Trani per i declassamenti del debito italiano: Davide *vs.* Golia? 249
3.3. Considerazioni (non conclusive) sull'intervento penale in materia economica nel post-crisi, alla luce dei modelli "di crisi" 253
BIBLIOGRAFIA 256

INTRODUZIONE

CRISI DEL DIRITTO PENALE, DIRITTO PENALE DELLA CRISI ECONOMICA

0. Premessa. Il *topos* della crisi del diritto ieri e oggi

> «*Chi si affaccia al panorama della letteratura giuridica di questi ultimi anni, di quella, per lo meno, che confessa il suo interesse per il fenomeno giuridico nella sua totalità, si imbatte con grande frequenza in una parola che, per il potere evocativo che ha, per la carica emotiva di cui è pervasa e per quanto di ambiguo essa comporta, non può che polarizzare la sua attenzione, e, forse, costituirsi per lui come chiave di interpretazione di tutta una realtà storica: crisi*».

> «(…) *la crisi è di attualità; forse si potrebbe dire di moda. Essa ci è familiare. E con questa crisi di cui tutti parlano, con questa crisi che ci è così familiare, noi dobbiamo fare i conti. Dobbiamo con questa fare i conti perché i problemi noi li riceviamo dall'ambiente che ci circonda, e li dobbiamo accettare e far nostri se intendiamo in tale ambiente operare, se vogliamo che in tale ambiente, nel nostro ambiente storico, l'opera nostra in qualche modo si inserisca, ed assuma un qualche significato*».

Difficile che qualcuno leggendo questi due brani dubiti che non siano opera fresca dei nostri giorni. Si tratta invece di due brani di un saggio del 1957 di *Giovanni Tarello*[1], dal titolo "*Sul problema della crisi del diritto*". Brani di questo tenore, in cui la crisi della dimensione giuridica è presentata come il tema centrale del tempo in cui si scrive, attraversano invero tutta la letteratura di settore del Novecento[2].

L'assenza di una discontinuità del discorso giuridico sulla crisi e sul diritto restituisce l'idea di quello che *Paolo Grossi* definisce un "secolo lungo"[3]: un secolo

[1] Cfr. G. TARELLO, *Sul problema della crisi del diritto,* Giappichelli, Torino, 1957, 11-12.

[2] Tra le opere che si sono interrogate sul tema della crisi del diritto si possono ricordare: AA.VV., *La crisi del diritto,* Cedam, Padova, 1953; E. SIMONETTO (a cura di), *Sulla crisi del diritto,* Cedam, Padova, 1973; S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002; P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009; N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004; e P. GROSSI, *La crisi del diritto oggi?,* in *Introduzione al Novecento giuridico,* Roma-Bari, Laterza, 2012.

[3] Con questa espressione *Paolo Grossi* intende rovesciare, con riferimento alla dimensione giuridica, la definizione di "secolo breve" introdotta da *Eric Hobsbawm*: cfr. E. HOBSBAWM, *Il secolo breve. 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi,* trad. it. a cura di B. Lotti, Rizzoli, Milano, 2007.

segnato dalla crisi di qualcosa (la modernità) cui abbiamo ormai dato le spalle, ma la cui ombra continua ad allungarsi davanti ai nostri occhi.

Questa crisi coincide con il fallimento del progetto, proprio della modernità giuridica, di sottomettere completamente il diritto alla dimensione politica[4], fallimento in parte attribuibile al processo che va sotto il nome di "globalizzazione giuridica"[5], sotto i cui colpi tendono a cedere le strutture (la legge e il codice in particolare) e le categorie (la separazione dei poteri, la gerarchia delle fonti) del paradigma giuridico moderno, così aprendo un periodo di *transizione* che sembra guardare oltre le sponde della suddetta modernità e preparare al diritto un nuovo approdo[6]. Approdo che rimane però indeterminato – così da non poterci definire altrimenti che in funzione di ciò che non siamo più: *post*-moderni –; per cui è ancora il diritto plasmato dal pensiero giuridico moderno, per quanto forse mai completamente realizzato, a rappresentare il *paradigma* di riferimento.

Ne è dimostrazione il fatto che non riusciamo ancora a pensare la realtà del diritto se non in termini di differenza rispetto a ciò che continua ad affermarsi come *paradigma* dominante. Il diritto è oggi *in*-calcolabile[7], *s*-confinato[8], *in*-certo[9], la legalità è *trasformata*[10]*,* il diritto è *senza* codice[11].

Tutta la letteratura sulla crisi del diritto sembra essere allora nient'altro che la ricerca, a tutt'oggi incompiuta, di un nuovo paradigma di riferimento.

Tuttavia, pur datando *la* crisi da inizio secolo, almeno dalla prolusione del 1909 di *Santi Romano*[12], è nei periodi in cui essa si accompagna alla dura esperienza quotidiana di *una* particolare crisi[13] – di ordine sociale, politico, economico – che si infittiscono gli interrogativi dei giuristi.

Non è difficile spiegare questa coincidenza: il diritto trova nella crisi della realtà che si prefigge di ordinare un potente amplificatore delle difficoltà con cui, per sua natura, si deve confrontare. Cosicché, quando intento a frugare tra i suoi attrezzi per riportare l'ordine, li trovi ancora più inadeguati allo scopo, sarà portato a interrogarsi con più

---

[4] V. P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico,* cit., *passim*.

[5] Per una ricognizione delle definizioni attribuite al termine *globalizzazione* (*globalization, mondialisation, Globalisierung*) si rinvia a D. ZOLO, voce *Globalizzazione,* in *Dig. disc. pubbl., Aggiornamento,* Torino, Utet, 2005, 378 ss.

[6] P. GROSSI, *Verso il domani. La difficile strada della transizione,* in R. Kostoris (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità,* il Mulino, Bologna, 2017, 25 ss.

[7] N. IRTI, *Un diritto incalcolabile,* Giappichelli, Torino, 2016.

[8] N. IRTI, *S-confinatezzza,* in E. Dolcini–C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffré, Milano, 2006, III, 2925 ss.

[9] N. MAZZACUVA, *A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale: nuova «garanzia» o rinnovata violazione di principi fondamentali?,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., I, 447, descrive l'essere «incerto» del diritto penale come un dato acquisito, che non riesce in alcun modo ad essere eliminato dalla rinnovata previsione di divieti di interpretazioni giudiziali creative, a livello di legge ordinaria ovvero costituzionale.

[10] V. ad esempio F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale,* in *Quaderni fiorentini,* vol. XXXVI, t. 2, 2007, 1279 ss.

[11] C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema europeo vigente*, Giuffré, Milano, 2007.

[12] S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffré, Milano, 1969, 5-26.

[13] Qui parliamo dunque di *una* particolare crisi, che, a sua volta, si inserisce *nella* crisi, singolare collettivo con cui si tende a indicare la temperie di incertezza che affligge tutta la modernità.

insistenza sulla sua stessa capacità ordinatrice; fino a dichiararsi, quando non già morto[14] o finito[15], certamente destinato all'annientamento[16].

Ma in verità il diritto, come dimensione ontica della società, non muore mai[17]. E allora è nostro compito continuare a cercare di comprenderne il funzionamento, anche quando il sistema si trova in fibrillazione e i nostri riferimenti sembrano perduti. Anche a noi la crisi finanziaria propagatasi a livello globale a partire dal 2008, trasformatasi poi anche in crisi dell'economia reale ed in crisi culturale, politica e sociale, è sembrata un terreno ideale per avventurarci nell'ambito delle trasformazioni della dimensione giuridica, segnatamente di quella giuridico-penale.

1. Crisi come «fossato che si scava tra spazio d'esperienza e orizzonte di aspettativa»

In una trattazione che proceda all'interno di un orizzonte tanto ampio, quale quello che ci apprestiamo ad esplorare, è inevitabile incorrere in una serie di rinunce, imposte dalla necessità di non perdere il filo della riflessione.

Benché la parola sia nel titolo di questa tesi, la prima rinuncia riguarda proprio il compendio dei molteplici significati della parola "crisi"[18].

Fanno ancora una volta al caso nostro le parole di *Giovanni Tarello*.

> *«La crisi è nell'aria. Ciascuno la vede a suo modo, la pensa a suo modo, la definisce a suo modo. E, pur così diversamente vista, concepita, definita, essa è diventata nei discorsi dei più una sorta di realtà concreta, come una pietra od un mattone, per quello spaventoso potere che hanno le parole, di liberarsi del loro significato: e, divenuta tale, viene non di rado sottointesa, costituendo magari, almeno apparentemente, l'unico punto di accordo tra due interlocutori»*[19].

---

[14] F. CARNELUTTI, *La morte del diritto,* in AA. VV., *La crisi del diritto,* cit., 177-190.
[15] P. ROSSI (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009.
[16] N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, cit., VII.
[17] P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950),* Giuffré, Milano, 2000, 276. Gli autori che, con toni drammatici, invocavano la fine del diritto non avrebbero dunque avuto di mira il diritto in sé, bensì «l'artificioso tentativo di semplificazione e costrizione a cui il diritto era stato sottoposto negli ordinamenti moderni a regime rigidamente codificato».
[18] Per uno studio dedicato alla nozione di crisi, in quanto concetto chiave della modernità v. R. KOSELLECK, *Crisi. Per un lessico della modernità,* trad. it. a cura di G. Imbriano–S. Rodeschini, Ombrecorte, Verona, 2012, 32 ss.; M. REVAULT D'ALLONNES, *La crisi senza fine. Saggio sull'esperienza moderna del tempo,* trad. it di Giulia Masperi, Milano, 2014.
[19] G. TARELLO, *op. cit.,* 12. Il vero nodo problematico del tema "diritto e crisi" non è tanto, come ci suggerisce *Giovanni Tarello*, quello di crisi. Il vero punto problematico è piuttosto il *diritto*. Non si può infatti parlare di crisi *del* diritto senza prima aver compreso *quale* diritto. Non molti anni prima dell'uscita del lavoro di *Tarello*, nella stessa i più importanti nomi della giuristica italiana si erano trovati a Padova per discutere della *Crisi del diritto* (AA.VV., *La crisi del diritto,* cit., *passim*). Dialogando tra loro sullo stesso tema, con toni più o meno angosciati, i diversi attori non si erano però intesi sull'oggetto. Vi era chi proiettava il tema in una prospettiva valoriale, assumendo un atteggiamento deprecatorio nei confronti di una realtà la cui colpa sarebbe stata quella di non assomigliare ad un'altra, conosciuta e amata. Vi era chi, poi, ancora in una prospettiva valoriale, smetteva di guardare ai contenuti per concentrarsi piuttosto su un certo modo di essere o di atteggiarsi della norma, prendendo di mira ora certi valori come quelli

È vero forse che la crisi non ha bisogno di una definizione, in quanto oggetto di esperienza comune ci intendiamo tutti quando ne parliamo. Eppure, allo stesso tempo, una tesi che parla di crisi e diritto non può prescindere da una delimitazione (almeno) del primo termine.

Cercheremo allora di estrapolare un significato che, senza avere la pretesa di compendiare tutti quelli legati a un concetto così sfuggente – ancorché, come suggerisce *Tarello*, dotato di una sua solidità – torni più utile alla nostra proposta d'indagine.

Abbiamo detto dell'intenzione di rinunciare ad esaminare in questa sede l'universo dei significati della parola *crisi*. Risalendo all'originaria polisemia della parola, e dunque occupandoci *delle* crisi in quanto concetti *settoriali,* specifici di un certo campo di interesse (la medicina, la pedagogia, la politica, l'economia e così via), rischieremmo infatti di avventurarci in ambiti che non ci sono propri. Analogamente, del resto, anche ogni tentativo di definizione di *crisi* al singolare, in termini olistici – quale condizione quasi coessenziale dell'esistenza umana – finirebbe col farci perdere di vista il significato del concetto in questione e con l'allontanarci dall'oggetto del nostro studio.

Paul Ricoeur osservava a tal proposito che sostituendo a un significato troppo «corto» (*le* singole crisi) uno troppo «lungo» (*la* crisi), si finisce per spogliare il concetto di ogni valore discriminante. La generalizzazione subita dal concetto, nella sua promozione a «fatto sociale totale»[20], comporta un grande ostacolo per la sua definizione: se tutto è crisi, allora niente è crisi[21].

Da qui la decisione del filosofo francese di tentare di coniugare i due approcci, settoriale ed olistico, per arrivare a individuare un significato di *crisi* "né troppo corto né troppo lungo", ma quanto più possibile capace di cogliere i tratti universali del concetto. A tal fine, sceglie di sfruttare il legame tra crisi e temporalità, quale

---

della *certezza* del diritto, ora più direttamente il dato tecnico, come ad esempio l'elefantiasi della legge. Altri, come *Giacomo Delitala*, preferivano abbandonare la prospettiva teleologico-valoriale per tentare la via naturalistica, individuando il discrimine tra i due approcci nella differenza che separa la funzione dalla scopo. Mentre lo scopo sarebbe teleologicamente orientato e implicherebbe un giudizio di valore, il concetto di funzione, invece, si esaurirebbe nella constatazione che «qualsiasi ordinamento giuridico, buono o cattivo, giusto o ingiusto, ha una funzione che esplica per il fatto stesso della sua esistenza»; e questa funzione, comunque si voglia concepire il diritto, starebbe nella «garanzia di un ordinato svolgimento della vita sociale». La crisi del diritto era allora riconoscibile nella perdita della capacità ordinatrice del diritto. Ma anche queste posizioni si esponevano alle critiche di chi, fuori dall'occasione patavina (W. CESARINI-SFORZA, *La crisi della legge,* in *I problemi attuali della filosofia del diritto. Atti del Convegno di studi tenuto a Roma nei giorni 3 e 4 ottobre 1953,* Milano, 1954, 25), impostando un paragone con la crisi dell'arte, affermava che parlarne di crisi del diritto «abbia senso solo per chi ammetta che esiste un diritto modello, conformandosi al quale il diritto dell'esperienza è vero, e non conformandosi è falso, ossia è un falso diritto, un *quid* che viene fatto passare come diritto e non lo è («*non est ius, sed iuris corruptio*)». In sostanza, conveniva confinare il tema della crisi del diritto a «riserva di caccia per i giusnaturalisti», i soli che credevano nell'esistenza di un diritto-modello, e tornare a parlare della crisi di ambiti specifici (lo Stato, la legge, il codice, il metodo interpretativo).

[20] Il fatto sociale totale è un fatto che influenza ogni aspetto della società. Il concetto è stato svilupatto da *Marcel Mauss* a partire da M. MAUSS, *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Torino, Einaudi, 2002.

[21] P. RICOEUR, *La crise est-elle un phénomène spécifiquement moderne?*, in *Revue de théologie et de philosophie*, 120 (1988), 1-19. Il testo, consultabile sul sito del Fonds Ricoeur, riprende le linee principali di una conferenza tenuta all'Università di Neufchâtel nel 1986 (in part. pag. 13 del testo).

dimensione che trascende i due approcci e consente di adattare il concetto alla specificità del "nostro" tempo. Richiamandosi alla semantica dei concetti storici di *Koselleck*[22], decide in particolare di riportare il concetto di crisi alla polarità tra le due categorie metastoriche dello «spazio di esperienza» e dell'«orizzonte di aspettativa» o, meglio, alla rottura della normale dinamica tra questi due poli. L'agire umano, e più in generale il farsi della storia, è normalmente caratterizzato dall'integrazione discorsiva tra aspettative, ossia l'anticipazione riflessiva del futuro, ed esperienze, cioè la rammemorazione del passato[23].

Quando tuttavia lo «spazio di esperienza» si assottiglia per la negazione del bagaglio che ci arriva dal passato e, a sua volta, «l'orizzonte di aspettativa» tende a farsi più vago e indistinto, allora la normale tensione tra i due poli diventa rottura, scisma: ovvero, *crisi*[24]. Si tratterebbe, in altre parole, di quel «fossato che si scava tra spazio d'esperienza e orizzonte di aspettativa (…). La crisi risiede nel fatto che le esperienze acquisite – il sapere accumulato con l'esperienza, lo "spazio" d'esperienza – non sono più immediatamente operative quando si tratta di pensare l'attualità del presente e lo sono ancora meno quando si cerca di prefigurarsi il futuro»[25].

Non siamo qui in verità molto distanti dall'etimologia della parola *crisi*; da quel termine che ci giunge, attraverso la mediazione latina, dal greco *krisis*, derivato dal verbo *krino*, separo. La crisi, a prescindere dall'ambito semantico di utilizzo (i principali ambiti erano quello religioso, forse il più arcaico, quello medico e, infine, quello giuridico), indicava sempre un momento di rottura, e si sviluppava sempre in una temporalità, indicando in particolare un momento di separazione fra due stati, due condizioni[26]. In definitiva, un momento di transizione*,* in cui il passato non offre più strumenti per interpretare il presente e il futuro non è sufficientemente manifesto da offrire nuove chiavi di lettura.

2. Presentazione del problema: crisi del diritto penale, diritto penale della crisi

La *crisi*, come momento di *transizione* dal paradigma penale classico verso un nuovo paradigma di diritto penale, pare rappresentare la narrazione corale dell'attualità del nostro diritto penale[27].

---

[22] R. KOSELLECK, *Futuro passato: per una semantica dei tempi storici,* Bologna, 2007.

[23] «Sono il futuro e il passato – questo il corollario –, incontrandosi e fondendosi sotto forma di aspettative e di esperienze, a determinare l'agire umano nel presente». V. D. FUSARO, *Il tempo dei concetti. La riflessione filosofica di Reinhart Koselleck*, in *Giornale Critico di Storia delle Idee* – 8/2012, 67.

[24] P. RICOEUR, *ivi,* dove la crisi è descritta come condizione in cui il passato non riesce più a determinare il presente e il futuro ancora non riesce ad essere prefigurato, proprio a causa del venir meno dei presupposti della loro comunicazione.

[25] Così anche M. REVAULT D'ALLONNES, *La crisi senza fine*, cit., 69-70.

[26] R. KOSELLECK, *Crisi. Per un lessico della modernità,* cit., 32 ss.

[27] Questa narrazione inizia del resto a penetrare anche i testi a carattere manualistico o introduttivo alla materia. V. ad esempio G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale,* Laterza, Bari-Roma, 2017, 47: «(…) si può allora rilevare che anche rispetto al diritto penale lo stato di crisi, lungi dall'essere un'eccezione contingente, tende a riproporsi nelle diverse fasi storiche: mentre un preesistente modello di

Un'epoca di «scienza straordinaria» direbbe qualcuno[28], o un nuovo "medioevo penale"[29], in cui il vecchio paradigma non è ancora morto ed il nuovo ancora non nasce o – peggio – *cotidie nascitur*»[30], prevalentemente ad opera della giurisprudenza.

La crisi economica degli ultimi anni – che nel contesto socio-economico di per sé già problematico del nostro Paese si è manifestata in modo particolarmente doloroso – ha rafforzato questa narrazione. Ma se molti parlano della crisi *del* diritto penale, pochi si sono avventurati nel tema *del* diritto penale *della* crisi.

La prima prospettiva (crisi *del* diritto penale) s'incardina sulla riflessione circa la crisi *del* diritto in generale, dovuta al fenomeno, generalissimo, della *globalizzazione* del diritto; riflessione, questa, che impegna la dottrina italiana da ormai oltre un secolo e che, come abbiamo accennato nella premessa, rappresenta la cifra di tutto il Novecento giuridico.

La seconda prospettiva (diritto penale *della* crisi) impone invece di osservare il comportamento del diritto penale in relazione ad un particolare contesto di crisi; nel nostro caso, la crisi economico-finanziaria che, esplosa con la bolla dei mutui *subprime* del 2008, dopo aver preso sostanza negli Stati Uniti, nel giro di pochi mesi si è estesa all'Europa, colpendo dapprima il centro finanziario londinese e trascinando poi nel baratro l'economia di molti Paesi (l'Italia è tra i principali).

Entrambe le prospettive, secondo un'impostazione che prende spunto dalla teoria dei sistemi sociali di Luhmann[31], impongono di guardare al diritto (penale) come a un sistema che comunica con l'ambiente in cui è immerso e che, rispetto a quell'ambiente, tende a sviluppare delle risposte o, meglio, delle reazioni[32]. La prospettiva che guarda alla *crisi* del diritto penale considera, quale ambiente di reazione del diritto penale, il fenomeno generale della

---

diritto penale a partire da un dato momento storico comincia a smarrire le sue basi di legittimazione sostanziale, un nuovo modello subentrante alla ricerca di rinnovati fondamenti giustificativi». V. inoltre D. PULITANÒ, *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in E. Dolcini–C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., I, 675: «La perdita di antiche certezze, e/o la mancanza di condizioni ideali di contesto, aprono la strada ad un rischio che è particolarmente grave nella materia penale: quello del soggettivismo, del sentirsi più liberi e in qualche misura creatori del diritto».

[28] M. VOGLIOTTI, *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi,* in *Dir. pen. cont.,* 2 novembre 2016, 4, riprendo la definizione di T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche* (1970), II ed. integrata con il *Poscritto 1969*, Torino, Einaudi, 1999 e ID., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica,* Giappichelli, Torino, 2007 nell'Introduzione.

[29] M. DONINI, *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.,* 2003, 1808 ss.

[30] C. E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4, 1994, 1220 ss.

[31] Si rinvia in proposito all'opera fondamentale di N. LHUMANN, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, Il Mulino, (Collezione di testi e di studi), 2001.

[32] Il termine "reazione" presenta invero tratti di ambiguità, potendo contenere, come da vocabolario, almeno un duplice significato. Il primo è quello centrale e generale, si direbbe d'uso comune: «re-azione, azione che si contrappone ad altra azione in quanto più o meno direttamente provocata, motivata, determinata da questa». Il secondo, potremmo dire specialistico, come *termine* di alcune scienze e tecniche, in particolare della *scienza chimica*: reazione come «variazione o trasformazione della natura chimica di una o più sostanze» (cfr. Voce "Reazione", su www.treccani.it). Invero, per quanto ci riguarda, è proprio conservando questa duplice valenza che il concetto si dimostra funzionale alla nostra analisi. Avremo così un diritto penale che da un lato re-*agisce* in risposta ad un particolare ambiente, e dall'altro, nel momento stesso in cui organizza la propria reazione, attiva o anche rafforza un meccanismo di trasformazione.

globalizzazione. La prospettiva del diritto penale *della* crisi considera invece come ambiente di reazione del diritto penale la crisi economico-finanziaria del 2008; ambiente, questo, che, disegna all'interno del più generale ambiente "globalizzazione" un'area specifica, caratterizzata da reazioni del sistema affatto peculiari.

Ebbene, pare che questa seconda prospettiva, almeno nel settore penalistico[33], non sia ancora stata pienamente dissodata. Non che la crisi economica non abbia aperto una serie di riflessioni sui rapporti tra l'attuale periodo di crisi e il diritto penale. Al contrario, pregiati lavori hanno affrontato il tema, sotto diverse angolazioni. Non mancano ad esempio studi che, inserendosi in un filone socio-criminologico ormai classico[34], affrontano il tema sotto l'angolo visuale dei rapporti tra cicli economici e tassi di criminalità[35], con particolare attenzione alla questione delle politiche securitarie di controllo della devianza in tempi di crisi[36], sulle quali incidono, insieme ai mutamenti legati alla qualità e alla quantità della criminalità emergente, anche la ristrettezza di risorse con cui il sistema penale in tempi di crisi si trova a fare i conti.

Incontriamo poi altri lavori che, in un'ottica più vicina al diritto positivo, analizzano gli sviluppi di questo, con riferimento al recente contesto di crisi. Essi tendono tuttavia a privilegiare prospettive settoriali o comunque a trattare, anche quando si muovono all'interno di ambiti più generali, problemi molto specifici, quali l'emersione di nuovi bisogni di criminalizzazione nel contesto di crisi[37], la necessità di una generale revisione

---

[33] Nella letteratura non penalistica si segnala, in particolare F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche,* Giappichelli, Torino, 2013; R. BIFULCO–O.ROSSELLI (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazioe del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e spvranità nazionale*, Giappichelli, Torino, 2013; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2015.

[34] V. ad es. I. TAYLOR, *Crime in context: A Critical Criminology of Market Societies,* Polity Press, Cambridge, 1999 e, risalendo ad un classico della criminologia marxista, W.A. BONGER, *Criminalité et conditions économiques,* G.P. Tiercé, Amsterdam, 1905.

[35] V. ad esempio P. G. GIANNAKOPOULOU, *Quantitative reserach in linking economic crisis and crime*, in in *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, 2017, 139 ss. Nella letteratura francese, N. BOURGOIN, *Mouvements économiques et criminalité: quelques pistes de réflexion,* in *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. VI, 24 octobre 2009). Il tema è inoltre affrontato da I. RODOPOULOS, *La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal? Esquisse d'une dialectique entre une crise factuelle et normative,* in *Rev. sc. crim.,* 2013, 1, 6 ss.

[36] V. Z GALLO, *The penal implications of austerity: Italian punishment in the wake of the Eurozone crisis*, in *European Journal of Criminology* (published *online* May 7, 2018); M. PAVARINI, *The new penology and politics in crisis: the italian case,* in *British Journal of Criminology*, vol. 34, Issue S1, January 1994, 49-61. Inoltre, L. WACQUANT, *The Wedding of Workfare and Prisonfare Revisited* (*An interview conducted by Volker Eick and Kendra Briken on the impact of the current global financial and economic crisis on prisons and punishment*), in *Social Justice,* Vol. 38, Nos. 1-2 (2011-12), 203-221. Più in generale sul tema della questione securitaria e della crisi dello Stato sociale M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezze nello spazio urbano,* in *Cass. pen.* 2009, 805 ss.; D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo* (2001)*,* Il Saggiatore, Milano, 2007, 94 ss.

[37] Nella Scuola di Francoforte il dibattito sulle prospettive di criminalizzazione nascenti dalla crisi economico-finanziaria ha trovato ampio spazio. V. in particolare K. LUDERSSEN, *Funzionalità dei mercati e diritto penale dell'economia. La "crisi finanziaria" apre nuove prospettive di criminalizzazione?,* in M. Donini–M. Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale,* Bologna, Bononia University Press, 2011 e, in prospettiva opposta, W. NAUCKE, *Der Begriff der politischen Wirtschaftstraftat: Eine Annäherung, Lit Verlag,* Münster, 2012. L'opera è stata poi tradotta in lingua spagnola: *El concepto de delito económico-*

della disciplina penale dell'impresa[38] e, in particolare, del settore creditizio[39], le nuove prospettive di criminalizzazione in materia di tutela dei mercati finanziari[40], l'assenza di una chiara linea politica criminale in materia economica e la sua surrogazione ad opera di un certo attivismo giudiziario[41]. Altri studi, con respiro più generale, colgono nella crisi economica uno scenario che sollecita nuove domande circa il ruolo del diritto penale nel mondo globalizzato, offrendo scorci di un paesaggio estremamente vasto[42].

Cosicché, una volta esaurito l'approfondimento dei ricchi materiali sul tavolo, risulta difficile comprendere quali siano state le influenze dell'ambiente-crisi economica sul sistema-diritto penale.

Continua, in particolare, ad aleggiare una domanda: esiste un diritto penale *della* crisi, che dalla *crisi* – in prima istanza economica e finanziaria, ma, anche (non è dato sapere con quale rapporto di implicazione) sociale e politica – è in qualche misura plasmato?

3. Dallo scopo all'oggetto dell'indagine: la crisi economica come fattore di giustificazione delle decisioni in diritto penale dell'economia

La nostra ricerca si muove all'interno di questo interrogativo, proponendosi in particolare di valutare *se e come la crisi modifichi la giustificazione delle decisioni (legislative e giudiziarie, politiche e tecniche) di gestione tramite pena dei conflitti*

---

político: una aproximación (Traducción y estudio preliminar de Eugenio Sarrabayrouse), Marcial Pons, Madrid, 2015. Nella letteratura anglosassone: Q.C. FISHER– M.BLOTTIAUX–S. DANIEL–H. OLIVEIRA, *The global financial crisis: the case for a stronger criminal response*, in *Law and Financial Markets Review,* May 2013, 159-166.

[38] Il tema si è trovato al centro dell'incontro dal *titolo "Economia e diritto penale nel tempo della crisi"* promosso dall'Associazione dei Professori di Diritto Penale nel novembre 2013, dove molte autorevoli voci della dottrina italiana si sono unite a quelle di illustri esponenti del mondo professionale. Gli atti di questo Convegno, dai quali molto abbiamo attinto per le nostre riflessioni*,* sono poi stati raccolti in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2, 2014 (v. in particolare gli interventi di: M. VIETTI, *Intervento introduttivo – Crisi economica e diritto penale, ivi*, 561 ss.; A. ALESSANDRI, *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico, ivi*, 582 ss.; N. ROSSI, *L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico nel tempo della crisi, ivi*, 627 ss.; S. SEMINARA, *Lo statuto penale dell'impresa societaria tra presente e futuro*, *ivi*, 644 ss.; L. FOFFANI, *Economia e diritto penale nel tempo della crisi: una* "nouvelle vague" dell'intervento giudiziario?, *ivi*, 754 ss.; F. SGUBBI, *Crisi d'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari, ivi*, 665 ss.; P. SEVERINO, *Sicurezza dei mercati finanziari: interessi tutelati e strumenti di tutela*, *ivi*, 672 ss.). V. inoltre S. SEMINARA, *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici,* in *Dir. pen. e proc.,* 3, 2009.

[39] L. FOFFANI, *Crisi finanziaria e intervento penale,* in *Scritti in onore di Luigi Stortoni,* Bononia University Press, Bologna, 2016, 547 ss.

[40] AA.VV., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni* (Atti del Convegno Courmayeur 25-26 settembre 2009)*,* Giuffré, Milano, 2010, e in particolare i saggi di C.E. PALIERO, *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, *ivi,* 51 ss.; A.N. MARTIN, *Gli abusi di mercato: un nuovo paradigma nel diritto penale economico europeo, ivi*, 93 ss.; C. PIERGALLINI, *Spunti in tema di responsabilità degli enti, ivi,* 107 ss.

[41] L. FOFFANI, *Una "nouvelle vague" del diritto penale dell'economia in Italia?*. Introduzione all'opera L.FOFFANI-D. CASTRONUOVO, *Casi di diritto penale dell'economia,* il Mulino, Bologna, 2015.

[42] A. ALESSANDRI, *Delitti e pene nello scenario della crisi*, in L.A. Bianchi–F. Ghezzi–M. Notari (a cura di), *Diritto, mercato, etica*. *Dopo la crisi* (Omaggio a Piergaetano Marchetti), Università Bocconi Editore, Milano, 117 ss.

sociali. Poiché la vastità del fenomeno che ci troviamo ad esaminare, insieme alla complessità degli interrogativi teorici ad esso collegati, impongono, a nostro avviso, di restringere l'analisi a un campo privilegiato di osservazione, scegliamo quello più immediato del diritto penale economico, consapevoli degli inevitabili limiti della scelta operata, ma convinti, al tempo stesso, del suo essere largamente rappresentativa del fenomeno complessivo.

La crisi economica ha in effetti messo in fibrillazione il sistema punitivo nel suo complesso; a partire dalla politiche securitarie di controllo della devianza e dei flussi migratori, nessun settore della regolazione penale sembra essere rimasto immune. E tuttavia, è nell'ambito del diritto penale dell'economia – lo si voglia intendere in senso *strumentale*, come diritto penale qualificato dalla componente ambientale dell'episodio criminale, o in senso *effettuale*, come diritto penale diretto alla tutela di interessi *lato sensu* economici[43] – che si registra, ad oggi, il più diretto coinvolgimento nelle politiche di gestione della crisi mediante pena. Cosicché, tenendo conto di questo interrogativo di partenza, la proporzione, la pervasività, nonché la rapidità della reazione registrata all'interno di questo settore ci convincono che questa scelta non sia così arbitraria.

4. Il percorso dell'indagine

Tra le due prospettive sopra citate, *crisi* (come *trasformazione*) del diritto penale e diritto penale *della* crisi (economica), è dunque la seconda quella da noi prescelta. Tuttavia, per quanto ci appaiano separate, la scelta operata non vuole escludere che ci si possa imbattere in interessanti punti di contatto o di vero e proprio intreccio tra le due prospettive. Un autore che sul finire degli anni '70 si trovava impegnato a riflettere sul comportamento della giustizia in tempi di crisi[44], affermava che studiare questo tema significava muoversi lungo una dicotomia di fondo, rappresentata da ciò che è stabile, o pretende di essere tale, il *diritto* (per Pascal la Giustizia «*c'est ce qui est établi*»[45]), e ciò che per definizione minaccia e attenta alla stabilità, la *crisi*. Dunque *stabilità* da un lato, *movimento* dall'altro[46].

Ma agli studiosi di oggi questa dicotomia dovrebbe apparire piuttosto come una semplificazione, specialmente ai penalisti: il tema con cui siamo alle prese predilige infatti piuttosto una relazione di tipo *movimento-movimento.* È infatti chiaro che la risposta penalistica alla crisi economica avviene sul sostrato già profondamente

[43] Per la distinzione si rinvia a C. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, in A.M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma di parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, 295 e ID., *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. I, cit., 195 ss.

[44] F. TERRÉ, *La Justice en temps de crise,* in *Pouvoirs*, 1979, 10, 35.

[45] B. PASCAL, *Pensées diverses III* – Fragment n° 4 / 85, 1670: «*La justice est ce qui est établi. Et ainsi toutes nos lois établies seront nécessairement tenues pour justes sans être examinées, puisqu'elles sont établies*».

[46] Per F. TERRÉ, *op. cit.*, 35 ss. il comportamento della giustizia in tempi di crisi sarebbe caratterizzato da due attitudini di fondo: l'*improvvisazione,* ossia la reazione alla situazione di crisi di fronte alla quale l'apparato giudiziario si rivela insufficiente (attraverso l'aggravamento delle sanzioni, soprattutto penali, e attraverso la creazione di nuove giurisdizioni capaci di gestire i problemi emergenti) e la *previsione,* ossia la proroga di quella stessa situazione di crisi mediante la «*pris en consideration constante du phénomene de crise*».

instabile del diritto in generale, da vedere a sua volta come sistema in *crisi,* ossia in *trasformazione*[47], a causa di un insieme di fattori che possono essere in sintesi ricondotti al fenomeno della globalizzazione del diritto medesimo. Sarà allora opportuno distinguere tra un moto più generale, che rimane sullo sfondo, generato dal fattore "globalizzazione", e movimenti più definiti che, pur su di esso incardinati, risentono in particolare del fattore "crisi economica".

Nella *Parte I* dell'indagine tracceremo allora, sulla scorta degli studi sul tema, i principali snodi della trasformazione che il diritto penale sta subendo, inevitabilmente attratto dal vortice di una globalizzazione dei fenomeni che è chiamato a regolare, soffermandoci in particolare su quegli aspetti che più sembrano riguardare anche il contesto di crisi economica (segnatamente, anticipando quanto andremo a dire, il tema della *sostenibilità* dell'intervento punitivo e dell'orientamento della decisione giudiziale agli effetti economici e sociali della pena).

Nella *Parte II* ci occuperemo invece più da vicino dell'intreccio tra dimensione penalistica e contesto di crisi economica, ripartendo l'analisi sulla base dei diversi legami che possono tenere insieme certi fenomeni criminali e la crisi economica stessa.

> Può forse essere utile, per fini mnemonici e di una migliore comprensione, azzardare la creazione di un'immagine, ipotizzando un'analogia tra l'analisi preliminare su "diritto penale e globalizzazione" e lo studio del "rumore" in fisica, laddove si evidenzia che la precisione della misura di un segnale sonoro è condizionata anche dalla possibilità di raffrontare lo stesso con un altro fenomeno analogo – che, potremmo dire, funge da termine di paragone – nel caso specifico un altro segnale, declassato a rumore (di fondo), che si sovrappone al segnale studiato. Ovviamente, cosa considerare come segnale "utile" e cosa rumore dipende sempre dal punto di vista e dagli obiettivi dello sperimentatore. Qui abbiamo scelto di considerare come segnale utile i movimenti legati alla crisi economica, che ci descrivono il fenomeno "diritto penale *della* crisi", e come rumore la trasformazione del diritto penale economico legata alla globalizzazione, che invece ci descrivono il fenomeno "crisi *del* diritto penale".

[47] G. MARINUCCI–E. DOLCINI, *Diritto penale in trasformazione,* Milano, Giuffré, 1985. V. anche C.E. PALIERO, *Diritto penale classico* versus *diritto penale moderno: cambi di paradigma nel sistema penale attuale?,* in *R. Fac. Direito,* 1992/93, 24, dove l'A. afferma che ciò che esprime il concetto di "diritto penale moderno" (riferendosi invero a ciò che in questa trattazione abbiamo indicato come *pos*-moderno) «è l'idea della *trasformazione in atto*: una metamorfosi di cui possiamo aver colto lo stadio di partenza ma di cui ancora ci è ignoto l'approdo finale».

PARTE I

DIRITTO PENALE E GLOBALIZZAZIONE

CAPITOLO I – SULLO SFONDO DELLA RISPOSTA PENALISTICA ALLA CRISI ECONOMICA: LA GLOBALIZZAZIONE DEL DIRITTO (PENALE)

0. Premessa. Dimensione giuridica e globalizzazione

Tutta la dimensione giuridica è oggi attraversata dalle spinte trasformatrici derivanti dall'affermarsi di quella condizione storica che va sotto il nome di "globalizzazione". Questo termine, le cui radici affondano già nelle grandi scoperte geografiche del Rinascimento europeo, è venuto ad assumere i significati più diversi[48]; tuttavia, ai nostri fini, sono di particolare interesse i suoi sviluppi più recenti, segnatamente quelli degli ultimi quattro decenni e, in questo senso, lo potremo intendere come un fenomeno di diffusione su scala mondiale – in un mondo che non appare più diviso in blocchi – di scambi, decisioni, modelli economici, informazione in rete, nonché di espansione di culture e ideologie ormai de-territorializzate.

Trattasi di fenomeno che va di pari passo con il progressivo sviluppo delle scienze e con l'affermarsi del dominio dell'economia e delle sue possibilità tecniche, in particolare quelle legate all'innovazione finanziaria. La caduta delle barriere territoriali, lo sviluppo del capitalismo e l'avvento della tecnologia costituiscono momenti indistinguibili di una medesima vicenda che ha modificato profondamente la società e i processi di produzione, intrecciando indissolubilmente in modo peculiare il sapere con il potere[49], lo Stato con le imprese, il diritto con l'economia. La globalizzazione, certamente intesa anche come superamento delle barriere e delle frontiere, deve dunque essere soprattutto valutata per l'interdipendenza degli effetti che produce in ogni ambito del vivere sociale e per l'imprevedibilità e variabilità di questi.

1. Verso un diritto orientato in senso globale?

[48]La letteratura in tema è sterminata. Ci limitiamo perciò a rinviare, per una ricognizione delle definizioni attribuite al termine *globalizzazione* (*globalization, mondialisation, Globalisierung*) si rinvia a D. ZOLO, voce *Globalizzazione,* cit., 378 ss.

[49] M. DELMAS MARTY, *La refondation des pouvoirs,* cit., *passim*.

La trasformazione operata dalla globalizzazione sulla dimensione giuridica trova già una sua organica descrizione, certo ancora incompiuta, perché incompiuto è il fenomeno che la produce. La dottrina inizia ormai diffusamente a tratteggiare una dimensione giuridica organizzata secondo nuovi moduli regolativi e decisionali, più idonei a governare i rapporti tra Stato, mercato e società, così come si configurano nell'ambiente globalizzato. In questo ambiente, il diritto è infatti chiamato a ripensare il problema del governo dei conflitti sociali sotto la spinta di almeno due grandi novità: l'agire al di fuori del quadro giuridico della sovranità, in un contesto di complessiva incertezza rispetto all'andamento dei fenomeni, e l'agire all'interno di schemi che devono risultare compatibili con i dettami dell'ideologia *neo-liberale*[50] e con gli obiettivi dell'economia *capitalista*.

Il diritto orientato in senso globale appare contraddistinto, a un tempo, dalla moltiplicazione degli attori e dalla retrocessione del suo attore principale, lo Stato, costretto ora da entità sovranazionali mosse da obiettivi di armonizzazione e di riduzione delle dissimmetrie in materia di concorrenza, ora da una serie di attori privati (in particolare, le imprese), che ambiscono ad autoregolarsi, vuoi in nome del massimo profitto, vuoi in nome della sostenibilità dello sviluppo[51].

Sul piano della tecnica di regolazione, trattasi di diritto ripensato in funzione di un contesto caratterizzato da incertezza e complessità, dunque non più a carattere descrittivo-prescrittivo, bensì programmatico, ossia orientato alla realizzazione di obiettivi piuttosto che all'obbedienza a regole prestabilite. Esso si caratterizza per essere un diritto aperto, tanto esternamente, perché dall'esterno (in particolare, dal mercato) riceve gli obiettivi da perseguire, quanto internamente, perché, una volta fissata la cornice esterna – le c.d. *regole del gioco* – rimette la definizione dei contenuti agli attori cui si rivolge, oppure si serve di canoni di razionalità materiale che aprono ad un giudizio di idoneità e adeguatezza dei comportamenti rispetto al raggiungimento di uno scopo. È dunque anche un diritto che si spoglia della *regola* e della *fattispecie* (la *species facti,* il *Tatbestand* della dottrina tedesca, quale descrizione o immagine non di un fatto futuro o di una classe di fatti futuri, che la norma considera dotati di un qualche grado di probabilità di verificazione), le quali ancora esprimono la pretesa di dominare l'imprevedibile, in favore dei *principi* e della *casistica*[52].

---

[50] A. GARAPON, *Lo stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia,* trad. it. di R. Sabato, Raffaello Cortina ed., Milano, 2012.

[51] A questo sembrerebbero puntare i meccanismi della *Corporate Social Responsibility* (RSC). V. A. VALENTINI (a cura di), *Responsabilità sociale d'impresa e globalizzazione. Verso un'internazionalizzazione sostenibile,* Franco Angeli, Milano, 2004.

[52] Per N. IRTI, *La crisi della fattispecie,* in *Riv. dir. proc.,* 2014, 1, 36 ss. la crisi della fattispecie è inevitabilmente «anche *crisi del caso*, poiché la fattispecie serve a ricondurre il fatto entro il modello tipico, e il caso è caso, e non opaco e inespressivo accadere, solo quando è riconosciuto dalla norma. Si estingue il "caso", come posizione logica e rapporto tra evento e fattispecie, ma nasce e cresce la "casistica", il repertorio: cioè, appunto, la "statistica" di decisioni su vicende concrete e particolari».

Così riconfigurata, la dimensione giuridica si trova ad essere consegnata al governo del giudice[53], figura di connessione tra i diversi livelli normativi e geografici, nonché tra l'andamento (reale) dei fenomeni e la previsione (astratta) svolta a livello legislativo. La nuova dimensione, per così dire spaziale del diritto, corrisponde anche ad un mutamento del suo orizzonte temporale. In un mondo non globalizzato, la legge è strumento mediante cui il diritto prevede ed organizza l'avvenire[54], mentre al giudice è assegnata la dimensione del passato, non dovendo far altro che sussumere i fatti avvenuti entro fattispecie già scritte, fissate dal legislatore, appunto, per la determinazione del futuro[55]. Nel nuovo mondo globalizzato, al contrario, la legge è spiazzata di fronte al futuro: non riuscendo a dominare le condizioni d'incertezza, preferisce lasciare spazi aperti alla valutazione del giudice, costretto ad abbandonare la propria vocazione di "uomo del passato" e, con essa, l'abitudine a ragionare per deduzione logica.

2. Diritto penale e globalizzazione: lineamenti di una trasformazione in atto

La rappresentazione del nuovo "diritto globale" è dominata dall'idea della liquidità[56] e della fluidificazione[57]. La metafora della liquidità è stata poi completata da quella marittima[58], che evoca l'idea dell'apertura e dello scambio. L'immagine del mare cui è accostata la nuova *governamentalità* globale non nega la "terra" (metafora che qui non indica solo il territorio e il sistema della sovranità, ma qualsiasi sistema chiuso di regole e valori), ma le impone di ripensarsi in un nuovo rapporto con il mare che la circonda[59] – ossia con il complesso delle relazioni economiche e commerciali, con la circolazione dei segni, dei beni e dei corpi – ed in un nuovo ambiente, dove beni invisibili, ubiquitari e immateriali (l'ecosistema, il mondo virtuale, la finanza) mettono in rapporto i soggetti gli uni con gli altri. In questo suo carattere di "apertura" alcuni leggono la realizzazione dell'idea di un diritto riflessivo[60], capace di rispettare l'autonomia dei sottosistemi da cui provengono le richieste sociali, disposto a dialogare con il sottosistema da cui ha

[53] Cfr. A. GARAPON–J. ALLARD, *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto,* Macerata, Liberilibri, 2006.
[54] N. IRTI, *op. ult. cit.,* 36.
[55] Cfr. G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Giuffré, Milano, 1988, 53 ss.
[56] A partire dal saggio di Z. BAUMAN, *Modernità liquida* (trad. it. 2002), Laterza, Roma-Bari 2011, l'immagine della liquidità occupa buona parte della produzione scientifica sul diritto postmoderno. V. M.A. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità,* Giuffré, Milano, 2012; C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2014, 1099 ss.
[57] M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme,* P.U.F, Paris, 1986.
[58] A. GARAPON, *Lo stato minimo,* cit., 109 ss. e M.R. FERRARESE, *Il diritto europeo nella globalizzazione: fra terra e mare*, in *Quaderni Fiorentini*, 31, 2002, Tomo I, 11 ss. entrambi a partire da un lavoro di Carl Schmitt del 1942 (pubblicato di recente in italiano: *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo,* Adelphi, Milano, 2002).
[59] A. GARAPON, *op. ult. cit.,* 116 ss.
[60] G. TEUBNER, *Substantive and reflexive elements in modern law*, in *Law soc. rev.,* 2/1983, 239-285.

ricevuto gli impulsi[61] e, in relazione ai risultati di questo dialogo, ad auto-rinnovarsi continuamente.

In questo mare vi sono diritti, come il diritto civile, che meglio si prestano ad affrontare la navigazione; altri, come quello amministrativo e quello penale, maggiormente legati all'idea della sovranità e all'affermazione di un sistema (chiuso) di valori, mostrano invece tutte le loro difficoltà di animali terrestri.

Il diritto penale, diritto "chiuso" [62] e "statuale" per eccellenza, sta cercando di trovare un suo nuovo equilibrio, imparando a muoversi tra i venti[63] e tra i rischi[64] della globalizzazione.

Per comprendere con quali trasformazioni esso sia oggi alle prese per adattarsi al nuovo ambiente globalizzato, e di quali nuovi strumenti e concetti si stia armando, non si può che partire dal dato macroscopico. Dalle trasformazioni, cioè, che interessano i principali elementi che connotano il carattere di "chiusura" del diritto penale "classico", suoi veri e propri caratteri identitari per lungo tempo, e che i processi di globalizzazione – ma anche di integrazione giuridica europea, efficacemente descritta come una sorta di «esperimento *in vitro* di resistenza attiva alla globalizzazione»[65], dove i meccanismi della globalizzazione vengono riprodotti in una scala più ridotta – sottopongono oggi ad una "riconversione": le sue *fonti* e, quindi, i suoi *attori,* il suo *fine*, i suoi *destinatari* e infine – aspetto, questo, di maggiore interesse nell'economia della nostra indagine – i suoi *mezzi*.

2.1. Trasformazione rispetto al sistema delle fonti e agli attori

2.1.1. Complessità "dall'alto"

È noto che i processi di globalizzazione, nel determinare una ridefinizione dello spazio giuridico, tendono a mutare il rapporto tra la dimensione punitiva e le sue fonti tradizionali: in particolare, la *lex scripta* a carattere statuale. Il diritto penale si trova anzitutto ad affrontare un problema di complessità delle fonti "dall'alto", generato dalla

---

[61] G. TEUBNER, *Altera pars Audiatur. Il diritto nella collisione dei discorsi,* in G. TEUBNER, *Diritto policontesturale: Prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali,* La città del sole, Napoli, 1999, 27-70.

[62] V. M. DELMAS MARTY, *Le flou du droit*, cit., 7 la quale individua il carattere identitario del diritto penale nel suo essere un «campo chiuso, [...] [caratterizzato dalla] chiusura fisica della pena detentiva [...]; [dalla] chiusura istituzionale di un sistema di sanzioni che resta separato dagli altri; [...] [e dalla] chiusura del pensiero giuridico che concepisce il diritto penale come un insieme specifico, con poche relazioni con le altre norme giuridiche; [...] [oggi], suo malgrado, non è più rinchiuso in se stesso».

[63] M. DELMAS MARTY, *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation,* Seuil, Paris, 2016.

[64] Riprendendo la metafora marittima, non si può infatti prescindere dalla constatazione che il mare della globalizzazione abbia moltiplicato i rischi della terraferma; della capacità di circolazione che esso offre approfittano massimamente i "nuovi pirati", figura ambigua della *pos*-modernità, che può includere il terrorista quanto e il *trader,* ossia l'attore razionale puro, animato soltanto dal fine di lucro, ostile a tutti i vincoli giuridici *a priori* e, quindi alle regole del gioco. Cfr. A. GARAPON, *Lo stato minimo,* cit., 113 ss.

[65] M. DONINI, *Un nuovo medioevo penale?,* cit., 1810. In termini simili anche G.M. FLICK, *Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 599.

moltiplicazione delle fonti sovrastatuali, internazionali ed europee. Questo processo di progressiva complessificazione delle fonti "dall'alto", che conduce alla destrutturazione delle vecchie gerarchie[66], è stato felicemente compendiato nell'immagine di una piramide a gradini che crolla e si ricompone in un sistema "a rete"[67] di fonti *de*-gerarchizzate, tutte simultaneamente applicabili. Per risolvere i problemi di coordinamento tra le fonti che il giudice, costretto a muoversi nella rete, potrebbe incontrare, è stato necessario emanciparsi dalle tradizionali gerarchie lineari e dagli schematismi della logica binaria (tutto/niente, inclusione/esclusione, vero/falso, torto/ragione, conforme/non conforme, previsto/non previsto etc.), e abbracciare logiche nuove e dinamiche, capaci di mettere in relazione punti di vista plurimi nella ricerca razionale di un punto di equilibrio e di convergenza; insomma, logiche di *internormatività*, a cui appartiene quella di un diritto *flou* o *fuzzy,* secondo l'intuizione anticipatrice di *Mireille Delmas-Marty*[68].

Questa logica, ragionando in termini di graduazione (dal meno al più adeguato, dal meno al più opportuno) e di appartenenza (parzialmente incluso-parzialmente escluso)[69], è apparsa più adatta a ordinare la pluralità degli insiemi normativi simultaneamente applicabili, senza sopprimerne le diversità. Rielaborata nel tempo dalla stessa Autrice e reinterpretata da altri Autori[70], essa si trova all'origine di quella nuova ottica pluralistica in cui il *principio* viene ad occupare spazi un tempo riservati alla

---

[66] Cfr. M. DELMAS-MARTY, *Dal codice penale ai diritti dell'uomo,* Giuffrè, Milano, 1992, in part. 1992 ss., dove si evoca l'immagine di un *droit flou* ispirato ad una «logica del molteplice», indotta o comunque favorita dell'attuale «destatualizzazione del diritto». In Italia, pochi anni dopo G. FIANDACA–M.MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 1994, 27 SS., dove si afferma che «la tesi tradizionale di un unico sistema chiuso» sembra ormai da respingere, per «configurare in sua vece un sistema cosiddetto "a rete": costituito cioè da diversi sistemi autonomi posti in rapporto di integrazione complessa e fluida di associazioni e dissociazioni di diverso grado ed intensità».

[67] La metafora appartiene, in origine, a F. OST–M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit,* Bruxelles, 2002. In Italia v. però, G. FIANDACA–M.MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 1994, 27 SS., dove si afferma che «la tesi tradizionale di un unico sistema chiuso» sembra ormai da respingere, per «configurare in sua vece un sistema cosiddetto "a rete": costituito cioè da diversi sistemi autonomi posti in rapporto di integrazione complessa e fluida di associazioni e dissociazioni di diverso grado ed intensità». Nella realtà, la "rete" non ha mai completamente sostituito la presenza di gerarchie interne al sistema: e questo è vero tanto se dalla legge si procede verso l'alto, quanto – e soprattutto – se dalla legge si procede verso il basso. Cfr. in proposito M.G. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali, in Riv. int. fil. dir.*, 2005, 428 ss.). Per una critica della corrispondenza dell'attuale sistema della fonti all'idea della rete v. M. VOGLIOTTI, *De quelques remèdes à la décomposition du notre univers juridique. À propos du livre de F.Ost et M. van de Kerchove, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit,* in 56/57 *Dr. et Soc.,* 2004, 361 ss.

[68] Si rimanda alle due capitali opere della Professoressa M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit,* cit.; ID., *Le pluralisme ordonné. Les Forces imaginantes du droit,* 2, Seuil, Paris, 2006.

[69] Ad esempio la regola A appartiene per lo 0,9 all'insieme E, mentre la regola B appartiene a tale insieme per lo 0,2. Per una esaustiva ricostruzione del pensiero di Delmas-Marty si veda S. MANACORDA, *Le fonti del diritto penale nella costruzione di un pluralismo ordinato. A proposito dell'opera di Mireille Delmas-Marty*, in M. DELMAS-MARTY, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2004, 27 ss. Si veda inoltre, anche in chiave critica, F. PUPPO, *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Criminalia,* 2009, 631 ss.

[70] V. ad es. C.E. PALIERO, *Il diritto liquido,* cit., 1099 ss.

regola[71], la logica del *bilanciamento* soppianta quella della sussunzione, mentre cresce lo spazio dedicato all'interpretazione del giudice[72-73].

> In particolare, è stato evidenziato come nei sistemi pluralistici "a rete" siano i canoni di giudizio fondati sulla razionalità materiale (ad esempio adeguatezza/idoneità), ancorati a rilevamenti di tipo empirico-scientifico, a fare da «cinghia di trasmissione tra insiemi normativi diversi»[74], consentendo così di evitare, secondo una logica inclusiva, l'innesco di un conflitto frontale sul rispettivo peso dei valori in gioco, secondo quella che è stata definita una vera e propria "mossa del cavallo"[75].

2.1.2. Complessità "dal basso"

Ma la complessificazione del sistema delle fonti procede, con pari intensità, anche "dal basso", in particolare in corrispondenza di quel fenomeno, invero tutt'altro che unitario, che va sotto il nome di autonormazione. L'ingresso nel diritto penale di questo nuovo ideale regolativo, quale effetto collaterale della globalizzazione economica, mette d'accordo l'ambizione dei soggetti economici ad autoregolarsi e l'idea dell'insufficienza dell'attore statale nel dominio dei processi tecnologici o ad elevata complessità e, al contempo, l'inadeguatezza del giudice a intervenire pretoriamente negli stessi ambiti[76]; salvo che poi spetta sempre a quest'ultimo mettere in

---

[71] La dicotomia regole/principi, elaborata da *Dworkin* per problemi specifici dell'ordinamento americano (ma ripresa notoriamente dai costituzionalisti italiani: in particolare, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, *passim*; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, 51-75), si presta a spiegare le dinamiche dell'internalizzazione del diritto e a risolvere i conflitti che sorgono nello spazio giuridico globalizzato. Per *Dworkin* «la differenza tra principi giuridici e regole giuridiche è di carattere logico. Gli uni e le altre orientano a particolari decisioni, in particolari circostanze, su questioni di obblighi giuridic; ma differiscono per il carattere dell'orientamento che suggeriscono. Le regole sono applicabili nella forma del tutto-o-niente. Se si danno i fatti stabiliti da una regola, allora: o la regola è valida, e in tal caso si deve accettare la risposta che essa fornisce; oppure la regola è invalida, e in tal caso non influisce sulla decisione. [...] Ma non è in questo modo che operano i principi […]. Anche quelli che più somigliano alle regole non indicano conseguenze giuridiche, che seguano automaticamente allorché allorché si diano le condizioni previste». Cfr. R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 2010 (versione originale: R. DWORKIN, *Taking rights serously*, Cambridge, Massachusetts, 1978.

[72] Cfr. C. SOTIS, *Il diritto senza codice,* cit., 16: «In un "diritto senza codice", un diritto complesso, cioè policentrico, permeabile e dinamico, il funzionamento e i limiti dell'attività normativa dipendono completamente dai *principi*, che assumono in questo modo un peso specifico elevatissimo nel sistema». Nonché C.E. PALIERO, *op. ult. cit.,* 1116: «nel passaggio da modelli statici a modelli dinamici di sistema penale, si registra oggi la conquista del primato dell'ermeneutica sulla *lex scripta et stricta*: altrimenti detto, il primato dei *principî* sulle *regole*»; e ancora «si può affermare che nel momento in cui il diritto diviene complesso, *flou*, e quindi aperto ai bilanciamenti, l'unico possibile modello di giurisdizione è quello incarnato dal "*Giudice-Hermes*", vocato alla funzione di mettere in comunicazione le varie componenti del sistema reticolare» (*ivi*, 1130).

[73] Il problema del giudice e del bilanciamento sarà al centro del Capitolo II (in part. par. 4.).

[74] Cfr. C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale,* Aracne, Roma, 2012, 32 ss. e C. SOTIS, *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2012, 2, 464 ss.

[75] *Ibidem.*

[76] C. PIERGALLINI, *Ius sibi imponere. Controllo penale mediante autonormazione?*, in C.E. Paliero et al. (a cura di), *La "crisi della legalità". Il sistema vivente delle fonti penali,* Napoli, 2016, 140.

comunicazione l'insieme normativo autonormato con la cornice legislativa, e verificare l'idoneità/adeguatezza del primo al raggiungimento dello scopo fissato nella seconda.

Il fenomeno di cui parliamo è invero tutt'altro che unitario, entrando in gioco – quasi a indossare una duplice veste – sia in materia di regolazione dei settori caratterizzati da un elevato tecnicismo, sia in materia di (auto)organizzazione d'impresa. Nel primo caso l'autonormazione si afferma in conseguenza del nuovo dominio della scienza e dei saperi esperti, dai quali può dipendere la diffusione di nuovi "rischi" nella società (legati allo sviluppo dell'economia e ai suoi effetti a cascata su ambiente, salute, sicurezza sul lavoro, etc.), ma anche la possibilità di individuare questi stessi rischi e mettere quindi in atto le opportune azioni di prevenzione e protezione[77]. L'espansione dell'autonormazione procede all'unisono con il processo di dissolvimento del *tipo* (*Tatbestand*), che cede il passo a modelli di fattispecie a formazione dinamica o progressiva. Il paradigma della fattispecie "chiusa" – elemento di massima caratterizzazione del sistema penale rispetto ad altri sistemi – entra infatti definitivamente in crisi nel momento in cui il legislatore (sovranazionale e nazionale), dopo aver individuato un bene da tutelare, riconosce di non essere in grado, da solo, per la complessità tecnica della materia, di individuare con precisione le modalità di aggressione. Accade così che il confine tra comportamenti socialmente accettabili e comportamenti socialmente dannosi sia stabilito ora dai "soggetti tecnici"[78], ora da questi ultimi in concorso con il giudice penale.

> Il legislatore (sia esso nazionale o sovranazionale) potrà infatti procedere secondo due diverse tecniche: quella del rinvio mobile a fonti extra-legislative e quella del "tipo" completamente aperto. Nella prima ipotesi rientra la disciplina dell'attività medica, dove la *tipicità colposa* è stabilita per mezzo del rinvio legislativo alle linee guida e alle buone pratiche accreditate; nella seconda quella dell'*insider trading* e del *market abuse,* dove il legislatore – spiazzato, oltre che dalla complessità della materia, anche dall'inapprensibilità del bene "sicurezza del mercato" che con queste fattispecie vorrebbe tutelare – adotta un modulo di repressione costruito sulla fattispecie aperta degli «altri artifici idonei a provocare *in concreto* un'alterazione dei prezzi». In questo secondo caso, la "somministrazione di tipicità"[79] affidata alle Autorità regolatorie amministrative non corrisponde a un meccanismo d'integrazione normativa, poiché si rivolge al giudice in qualità di mero supporto nell'interpretazione, potendo egli anche decidere di non tenerne conto.

---

[77] *Ivi,* 123, dove *Carlo Piergallini* rileva la «*fioritura* di "comunità epistemiche", che puntano a far aggallare i valori e le pratiche che le accomunano con un dichiarato obiettivo di *Steuerung*: quello di riplasmare l'istanza regolativa rispetto ai nuovi rischi. Il tutto con una legittimazione che si autoradica nel "sapere" e nelle superiori capacità di chi lo detiene».

[78] È tuttavia parso opportuno introdurre una distinzione tra forme di autonormazione "pura", dove il soggetto tecnico in questione riveste ad un tempo il ruolo di regolatore e di regolato, e forme di autonormazione "derivata", dove il soggetto tecnico è invece estraneo agli attori del sistema, ma può instaurare un dialogo con questi ultimi al fine di colmare l'oscurità del tipo criminoso. Nel primo prototipo rientrano ad esempio le comunità epistemiche che fissano le *linee guida* e le *buone pratiche accreditate* in ambito medico; nel secondo le autorità di regolazione (in particolare, le Autorità Indipendenti), tra cui quelle in materia di mercati finanziari (ESMA e Consob).

[79] C.E. PALIERO, *Sicurezza dei mercati o mercato delle insicurezze?,* in *Sicurezza e Diritto penale*, cit., 321 e ID., *Nuove prospettive degli abusi di mercato?,* cit., 62 ss.

La seconda versione dell'autonormazione prolifera invece, seguendo una tendenza internazionale, nell'ambito dell'autorganizzazione preventiva delle imprese (la *compliance*), che potrà essere spontanea, incentivata attraverso meccanismi di *soft law* o imposta attraverso meccanismi di *hard law*. Nell'ultimo caso, che è quello che ci interessa, le forme di autorganizzazione rivestono una sorta di ruolo "surrogatorio" o "di sostegno" rispetto alla funzione dissuasiva giocata dalla comminatoria penale nei confronti dei comportamenti illeciti individuali (o anche da altri tipi di sanzioni[80]). Anche in questo caso è dunque riconosciuto il ruolo ancipite del destinatario del precetto penale (l'ente collettivo), da un lato cagione dei fenomeni criminali che trovano nell'organizzazione d'impresa un ambiente di coltura ideale, dall'altro mezzo per contrastarli. Tuttavia, non è detto che il processo di autonormazione sia sempre totalmente originale; al contrario, l'ente normalmente potrà attingere a cautele eteronormate previste *aliunde* – ad esempio in testi normativi pensati per altre finalità, oppure all'interno di linee guida di associazioni rappresentative del proprio settore di attività[81] – le quali potranno fare da supporto interpretativo per il giudice, quando si troverà a valutare l'*idoneità* dei modelli rispetto al loro scopo di prevenzione dei reati.

> Negli studi sul pluralismo giuridico continuiamo allora a reperire eccellenti chiavi di lettura sui meccanismi di giudizio in presenza di cautele o regole autonormate. Anche in questo caso ci troviamo di fronte a logiche di internormatività, poggiate a parametri di giudizio di razionalità materiale (in particolare, l'*idoneità*) orientati ad uno scopo (ad esempio, la tutela del mercato, la prevenzione dei reati e così via). Con una sostanziale differenza: mentre nei sistemi di complessità dall'alto, dove queste logiche si sono sviluppate, l'adozione di parametri di giudizio empirico consentivano di evitare lo scontro frontale fra valori, qui gli stessi parametri di giudizio rischiano di portare il confronto sul terreno dello scontro. Il terreno dell'empiria su cui il giudice penale si muove è infatti tutt'altro che neutro, trattandosi, in questo caso, del campo proprio dei soggetti (soggetti tecnici e imprese) chiamati ad offrire il proprio contributo normativo sulla base, oltre che delle conoscenze specialistiche, anche delle condizioni tecniche ed economiche di fattibilità dei programmi di tutela.

Il fenomeno dell'autonormazione non esaurisce questa crescente complessità dal *basso*. Non è possibile dimenticare infatti la fioritura di *linee guida, protocolli, vademecum* autoprodotti dal sistema giudiziario (ed adottati ai più diversi livelli), ad ampia diffusione, le più volte diretti a regolamentare aspetti procedurali, ma con ricadute anche di tipo sostanziale. Nota è, ad esempio, l'importanza che le *guidelines*, in particolare quelle dirette ad orientare l'attività dei *prosecutors* nell'esercizio del loro potere discrezionale[82], ormai da tempo rivestono negli ordinamenti di *common law*; la

[80] Un meccanismo di responsabilità civile per la mancata adozione di programmi preventivi, sul modello della RSI, è stato introdotto di recente in Francia dalla legge in materia di *devoir de vigilance* (Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 *relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*). In tema, più in generale, cfr. R. DE QUENAUDON-K. MARTIN CHENUT, *La RSE saisi par le droit,* Pedone, Paris, 2016.

[81] Ad esempio, in materia di riciclaggio, l'ente (e dunque il giudice nel valutare il modello dell'ente) potrà fare riferimento sia alle cautele contenute nel d.lgs. 231/2007 sia alle linee guida contenute nelle raccomandazioni delle associazioni di settore (ad esempio l'ABI o Confindustria).

[82] Cfr. *Capitoli II* e *III.*

loro presenza è però ormai globale, avendo preso piede anche in ordinamenti che hanno meno familiarità con lo strumento: nel nostro, le linee-guida delle procure, emanate a "supporto" dell'interpretazione di disposizioni di legge considerate di dubbio significato, rappresentano ormai una fonte (con effetto quasi integrativo) di ultimo livello, ad ampia diffusione[83].

Queste *guidelines* lasciano intravedere la ribalta di un diritto penale che procede secondo un metodo *adattivo*, che prende vita a partire dal contesto di applicazione, calcola le risorse a disposizione, si adegua alla sensibilità locale. Ordinare questa complessità che viene dal *basso* rappresenta certamente una sfida del nostro tempo che forse ci accompagnerà anche nel futuro.

Sembra oggi di essere di fronte alla nascita di una serie di «cinghie di trasmissione»[84], continuamente al lavoro, che, saltando il momento parlamentare, instaurano una dinamica *comunicativa* perpetua e, per certi versi, *riflessiva,* tra il diritto, il fatto e il contesto. Ebbene, questo è un campo ancora tutto da sondare. Si tratta oggi niente di più di una direzione tendenziale, possibile caratteristica futura del diritto penale orientato in senso globale, che noi qui segnaliamo soltanto al fine di non escludere che con questa tendenza il diritto penale *della* crisi economica abbia qualcosa a che fare.

2.1.3. Complessità e giurisprudenzializzazione del diritto

Il mutamento del sistema delle fonti va dunque di pari passo con la modificazione del panorama degli attori del diritto penale: il legislatore arretra in favore dell'opera della giurisprudenza[85], che diviene sua co-protagonista nella tessitura di una trama normativa sempre più poliedrica, complessa ed articolata[86] (diremmo labirintica)[87], mentre cresce lo spazio, un tempo inesistente, dedicato ai soggetti tecnici e alle imprese.

---

[83] Basti pensare alle numerosissime linne guida delle Procure dirette ad offrire un'interpreazione più uniforme delle norme (ad es. in materia di particolare tenuità del fatto o di omicidio stradale). Di questi documenti – a tutti gli effetti una nuova frontiera di *soft law* –, rivolti tanto ai destinatari delle norme penali quanto agli operatori del diritto (polizia, pubblici ministeri e giudici (gli stessi peraltro che potrebbero aver preso parte alla loro redazione), si comprendono le cause immediate (l'assenza di precisione del dato legislativo) e gli intenti ufficiali (offrire un supporto per l'interpretazione della norma penale e garantirne un'applicazione quanto più uniforme, a tutela, dunque, del cittadino), ma in realtà sono carichi di conseguenze di sistema. Al di là degli aspetti di frizione con il principio di legalità,

[84] L'espressione qui impiegata è ripresa dal lavoro da C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza,* cit., 32, per riferirsi al ruolo giocato dagli *standard* normativi di tipo materiale – e, dunque, anche dai giudici che li adottano – nella comunicazione tra insiemi normativi diversi in un sistema "a rete".

[85] Su questo processo di «*montée en puissance*» dei giudici, nella prospettiva nazionale, europea e globale, v. M. DELMAS-MARTY, *La refondation des pouvoirs. Les Forces imaginantes du droit*, 3, Seuil, Paris, 2009.

[86] La ragione è già stata messa in luce: «quanto più la norma applicabile è incerta, tanto più si amplia lo spazio di intervento del formante giurisprudenziale, e ciò proprio per la particolare attitudine di questo a districarsi, nella materia oggetto della regolazione, "tra le maglie della rete"», così C.E. PALIERO, *Il diritto liquido,* cit., 1116. Criticamente, nella dottrina d'oltralpe, G. HIRSCH, *Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminali*, 2007, 107 ss.

Resta difficile, a tutt'oggi, comprendere quale approdo sia riservato alla legalità penale. Di certo le profonde erosioni che hanno interessato la tradizionale architettura legalitaria, così trionfalmente eretta dalla modernità giuridica, non sono destinate ad arretrare. Tant'è vero che si assiste ai primi tentativi di ripensare dalle fondamenta il senso della *legalità,* in senso inclusivo dei formanti non legislativi, e in particolare di quello giurisprudenziale: da principio di regolazione delle fonti del diritto penale, e da principio di certezza oggettiva del diritto (essenzialmente mediante riserva assoluta di legge), a principio di certezza soggettiva *sub specie* di prevedibilità delle conseguenze penali[88]. L'apertura della legalità-prevedibilità ai nuovi formanti, se da un lato certifica il fortissimo ridimensionamento della riserva di legge [89] (e, forse, anche di determinatezza e precisione, dal momento che la prevedibilità può essere garantita anche in presenza di un testo legale oscuro), dall'altro dimostra la buona salute «della più profonda e universale anima della legalità penale, costituita appunto dall'esigenza di *conoscibilità* del precetto e delle *conseguenze* della sua violazione»[90].

2.2. *Trasformazione rispetto al* fine *e all'*oggetto

Sembra esistere una correlazione diretta tra l'affermarsi del rischio come grandezza sociologica e la riconversione dei fini del diritto penale. Nell'ambiente globalizzato, l'interesse della collettività per la sicurezza ed il controllo sui processi tecnologici complessi tende a trasformare il diritto penale da mezzo di tutela di interessi determinati e, dunque, di soluzione di specifici conflitti sociali, in strumento di stabilizzazione sociale e politica, e perciò di prevenzione generalizzata, a tutto campo, della conflittualità sociale[91].

L'espressione "diritto penale del rischio", oltre a sottolineare i rapporti tra la società del rischio[92] e il diritto penale postmoderno[93], designa più specificamente un sistema

---

[87] V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, *Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike giuridica Editore, Roma, 2012.
[88] F. PALAZZO, *Principio di legalità e giustizia penale,* in R. Kostoris (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità,* cit., 232 ss.
[89] *Ibidem.*
[90] *Ibidem.*
[91] C.E. PALIERO, *Diritto penale classico* vs *diritto penale moderno?,* cit., 26.; ID., *L'autunno del Patriarca,* cit., 1228; W. HASSEMER, *La prevenzione nel diritto penale,* in *Dei delitti e delle pene,* 1986, 438 ss; ID., *Sicurezza mediante diritto penale,* in *Crit. dir.,* 2008, 15 ss.; G.P. DEMURO, *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2013, 2, 1681 ss.
[92] Ovviamente, U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità,* Carocci Editore, Roma, 2005
[93] Qui parliamo di diritto penale postmoderno in contrapposizione al diritto penale moderno di derivazione illuministica. Molti autori tuttavia preferiscono un'altra terminologia, dove il diritto penale "moderno" corrisponde al nostro diritto penale "postmoderno" e il diritto penale "classico" è invece il nostro diritto penale "moderno". Così ad es. C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno,* Milano, Giuffré, 2010, in part. 279 ss.; C.E. PALIERO, *L'autunno del Patriarca,* cit., *passim*; ID., *Diritto penale classico* vs *diritto penale moderno?,* cit., 21 ss.; C. PRITTWITZ, *Società del rischio e diritto penale,* in L. Stortoni–L. Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo, L'analisi critica della Scuola di Francoforte* (*Atti del Convegno di Toledo,* 13-15 novembre 2000), Giuffré, Milano, 2004, 402.

penale imperniato sul concetto di rischio, non tanto come categoria dogmatica – magari da affiancarsi od opporsi a quella di *pericolo* –, ma piuttosto come fondamento di una politica criminale il cui *fine* è la sicurezza[94]. Una sicurezza a tutto tondo: dei cittadini, delle imprese, dei diritti, degli scambi, degli affari e via dicendo. In questo senso, alcuni autori individuano nel diritto penale del rischio il risultato dei processi di globalizzazione e tecnologicizzazione dell'economia[95].

Il fine modifica anche l'oggetto dell'intervento penale. Perso il suo tradizionale carattere (meramente) conservativo di sfere di libertà già acquisite, e divenuto vettore di stabilizzazione sociale, il diritto penale tende a portarsi da una posizione di "retroguardia"[96] a una di "avanguardia"[97], dalla quale è esso stesso a muovere alla ricerca degli oggetti cui apprestare tutela, talvolta "creandoli" artificialmente *ex novo* proprio nel momento in cui se ne mette alla ricerca[98]: così, ad esempio, per la concorrenza, la trasparenza del mercato, l'ambiente, la sicurezza alimentare, la "sicurezza economica".

Da questa rifunzionalizzazione del diritto penale origina la tendenza all'espansione dell'area della penalità[99]. Laddove, infatti, si assiste all'attenuazione della materialità del bene giuridico (concepito in guisa di un'entità reale, dotata di un intrinseco contenuto di valore)[100], per consentire l'ingresso di beni "superindividuali, collettivi, universali" – se non, addirittura, alla sua sua sostituzione con lo *scopo* di tutela – è ovvio che il criterio di legittimazione dell'incriminazione fondato sulla tutela del bene giuridico perda, nel suo complesso, quella funzione di contenimento che gli sarebbe propria, sollecitando la produzione di norme penali e provocando, di conseguenza, un ampliamento dell'area penalisticamente rilevante.

Per questa via il diritto penale sprigiona tutto il suo valore simbolico, facendo leva sul bisogno *soggettivo* di sicurezza che promana dalla società, mentre l'incremento della sicurezza *oggettiva* continua comunque a dipendere, per la maggior parte, dall'efficace attuazione di altri strumenti di controllo sociale[101]. Il diritto penale, che dovrebbe

---

[94] Chiarissimo sul punto V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale tra scienza e società,* in *Europe in Crisis*, cit., 224.

[95] V. C. SUÀREZ GONZÀLEZ, *Diritto penale e rischi tecnologici,* in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo,* cit., 413 ss.; C.E. PALIERO, *L'autunno del Patriarca, cit.*, 1229.

[96] C.E. PALIERO, *Diritto penale classico* vs *diritto penale moderno?,* cit., 24.

[97] *Ivi,* 26.

[98] Sulla rivitalizzazione della fede nella «forza promozionale del diritto penale» cfr. C. PRITTWITZ, *Società del rischio e diritto penale,* cit., 376: «questo diritto penale del rischio in espansione si caratterizza ulteriormente per il fatto che un comportamento è criminalizzato, non perché viene già ritenuto socialmente inadeguato, ma *affinché* venga considerato socialmente inadeguato».

[99] Cfr. J. M. SILVA SANCHEZ, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, ed. it. a cura di V. Militello, Giuffré, Milano, 2004.

[100] Sulla volatizzazione del concetto di bene giuridico si veda, tra i molti, S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1995, 345 ss.; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1992, 457; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale,* il Mulino, Bologna, 1990, 47 ss.

[101] Eppure, una delle caratteristiche del diritto penale del rischio è proprio di invertire il rapporto logico tra tutela penale – normalmente autorizzata a seguito dell'individuazione di soglie di lesività maggiori o

rappresentare l'ultimo scalino di un programma di *tutele* progressive[102], per condotte particolarmente *meritevoli* di una sanzione, si trova invece spesso a svolgere il ruolo di rimedio di prima istanza, anche grazie agli effetti di anticipazione della pena garantiti dagli strumenti di incapacitazione economica.

2.3. *Trasformazione rispetto ai* soggetti

La responsabilità penale delle persone giuridiche è un prodotto della postmodernità giuridica e, in particolare, della rivoluzione industriale, con cui si può dire che il Novecento (giuridico) abbia avuto il suo primo avvio[103]. L'irrompere sulla scena penalistica di forme di responsabilità delle persone giuridiche non si può dunque direttamente attribuire alla più recente fase di globalizzazione. Al contempo, non vi è dubbio che la complessità, la transnazionalità e l'organicità del sistema dei comportamenti economici abbiano incentivato l'abbandono del modello "nucleare" di responsabilità. Su impulso delle fonti sovranazionali (il diritto sanzionatorio comunitario sin dalle sue origini aveva assunto come tipica la responsabilità dell'ente), si può ormai ritenere decretato il passaggio dal dogma dell'azione umana, come scelta individualistica esponenziale della volontà, al paradigma dell'azione collettiva.

La designazione dell'ente come destinatario della sanzione penale muove da *rationes* che sono ad un tempo *criminologiche*[104] (la natura necessariamente policentrica e plurisoggettiva della responsabilità d'impresa e la presenza di una genesi motivazionale dei reati d'impresa strutturalmente collegata all'ente come soggetto organizzato), *economiche*[105] (il fatto che l'ente, in quanto soggetto naturalmente propenso a orientarsi su una valutazione costi/benefici è particolarmente sensibile agli effetti generalpreventivi della pena) e *politico criminali* (il bisogno di superare le difficoltà generate dalla ricerca di una colpevolezza del singolo all'interno di organizzazioni

---

qualitativamente diverse rispetto a quelle previste da discipline extrapenali – e tutela civilistica o amministrativa. Paradigmatica è la materia della responsabilità del produttore, dove, non sapendo se una certa sostanza sia dannosa e in che termini, ma comunque temendo ragionevolmente che ne possano scaturire effetti dannosi, si procede a sanzionare da subito penalmente l'impiego di quel prodotto o di quella sostanza, in assenza di danni che consentano di attrarre l'illecito nell'ambito della responsabilità civile o di strumenti amministrativi adeguati allo scopo. Cfr. per tutti C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali,* Giuffré, Milano, 2004, in particolare 550 ss., dove si nota come, nel suo complesso, l'illecito di rischio corrisponde ad una particolare variante del reato d'obbligo, essendo caratterizzato dalla forma vincolata; tuttavia, il dovere da osservare e i presupposti che ne condizionano l'operatività figurano tra gli elementi costitutivi del tipo e sono definiti direttamente dal legislatore penale.

[102] Sulla dialettica beni-funzioni e sul ruolo dei c.d. "programmi di tutela" v. G. DE FRANCESCO, *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, Torino, 2004; nonché ID., *Interessi collettivi e tutela penale. «Funzioni» e programmi di disciplina dell'attuale complessità sociale,* in E. Dolcini–C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* Giuffré, Milano, 2006, 929 ss.

[103] Cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche,* il Mulino, Bologna, 2010, 201 ss.

[104] C.E. PALIERO, *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale,* in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro* (Atti del Convegno. Milano, 14-15 marzo 2008), Giuffré, Milano, 2009**,** 278–279.

[105] *Ibidem* e ID., *L'economia della pena. Un work in progress,* in E. Dolcini–C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., I, 239 ss.

complesse improntate al modello funzionalistico dei sistemi organizzati, dove i centri decisionali sono frammentati e le responsabilità individuali tendono a perdersi nel reticolo di strutture e sub-strutture dell'apparato; la necessità di integrare l'effetto dissuasivo dalla comminatoria penale nei confronti dei singoli con l'effetto più direttamente preventivo scaturente dal sistema di auto-organizzazione interno all'ente).

La traduzione gius-positiva di queste *rationes* è esperienza condivisa dalla maggior parte dei sistemi giuridici; e tuttavia, l'opera di costruzione di un diritto penale della dimensione collettiva sembra tutt'altro che compiuta. Il sistema della responsabilità degli enti è oggi alle prese con alcuni equivoci e incertezze di fondo.

Anzitutto, con quello che potremmo indicare come l'equivoco dell'identità con la *persona* umana. In breve. Le *rationes* che spingono a "punire" l'ente si rafforzano quando si pensa il soggetto "ente" nella sua versione più evoluta, ossia quella della grande impresa multicentrica. Allo stesso tempo, più le ragioni del punire diventano "forti", più il prototipo di soggetto collettivo accolto nei paradigmi gius-positivi di responsabilità dell'ente si è rivelato "fragile", perché più fragile in quella zona è l'analogia con la persona umana. Continuando a seguire i fondamentali dell'ontologia dell'essere umano (la corporeità, la vita, la morte, l'unità della persona), i legislatori non hanno posto attenzione, per disciplinarli, ad alcuni caratteri essenziali della fisionomia e della fisiologia dell'ente: ossia la sua possibilità di affermarsi come soggetto ad un tempo unico e molteplice, organizzandosi nella forma del gruppo d'impresa, nonché di modificare la propria identità nel tempo attraverso vicende di "morte parziale", "gemmazione", "rifondazione", vedi i meccanismi di fusione, scissione e trasformazione dell'ente[106]. Questa assenza di "visione" del legislatore ha condotto a lasciare aperti nel sistema dei «buchi neri d'inefficacia e impunità»[107], che la giurisprudenza ha preteso di richiudere mediante dei meccanismi di iper-effettività (sostanzialmente sostituendo in quel punto lo schema della responsabilità "colpevole" con quello della responsabilità oggettiva).

Incontriamo poi l'equivoco dell'equiparazione del *genere* "collettivo" con il *genere* "umano", da cui la pretesa di riprodurre nell'ambito collettivo il principio di *unità* del genere (e, dunque, di uguaglianza tra suoi appartenenti). Questo ha comportato una scarsa considerazione della diversità ontologiche tra categorie di imprese (ai due estremi si trovano l'impresa individuale e la grande multinazionale che opera su base transnazionale), tendenzialmente equiparate sia per ciò che concerne i *meccanismi*

---

[106] In tema, v. V. NAPOLEONI, *Le "vicende modificative"*: *trasformazione, fusione, scissione e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2, 2007, 139 ss.; ID., *Le vicende modificative dell'ente,* in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffré, Milano 2010, 307 ss.; M. MASUCCI, Ratio *e sistema dell'illecito (para-)penale dell'ente modificato,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 178 ss.; ID., *«Identità giuridica» e «continuità economica» nelle vicende della «responsabilità da reato» dell'ente. Evoluzione e circolazione dei modelli,* in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2014, 735 ss. In argomento inoltre P. SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente,* in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti,* Ipsoa, Milano 2002, 159 ss.

[107] Così G. GIUDICELLI-DELAGE, nelle *Conclusions* contenute in G. GIUDICELLI-DELAGE–S. MANACORDA, *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, Societé de législation comparée, Paris, 2013.

imputativi, sia per quanto riguarda gli *strumenti punitivi* (procedure e apparato sanzionatorio). La necessità di regimi differenziati per categorie di enti può essere argomentata su diversi piani. Per quanto riguarda i meccanismi imputativi, nella prospettiva di una responsabilità costruita sul modello della colpa dell'ente per un *deficit* di organizzazione, le ragioni della differenziazione spaziano dall'*efficacia* di un sistema che usa le strutture dell'ente contro le fonti (umane) di pericolo che allignano all'interno dell'ente stesso (potenzialmente *iper*-efficace negli enti di grandi dimensioni, tendenzialmente *inefficace* in quelli di piccole dimensioni), alla *sostenibilità* di questo sistema per gli enti coinvolti, in termini di costi della *compliance*; sostenibilità che si ripercuote sull'efficacia del sistema. Per quanto riguarda i meccanismi sanzionatori, le ragioni della differenziazione attengono da un lato al diverso impatto in termini di prevenzione generale della minaccia di pena, in relazione al *tipo* di pena (la pena pecuniaria tende a spaventare maggiormente gli enti di piccole dimensioni, quella interdittiva quelli di grandi dimensioni, i quali tenderanno a temere maggiormente anche gli effetti reputazionali della condanna penale), dall'altro alla sostenibilità *per il sistema* della pena stessa[108].

Senza potervisi qui addentrare, deve essere poi richiamato l'equivoco di aver immaginato una responsabilità dell'ente autonoma da quella della persona fisica senza anche costruire un illecito proprio dell'ente, diverso da quello individuale. I modelli imputativi a carattere derivato (tra i quali possiamo includere il modello *vicariale*, quello *identificativo* o dell'*immedesimazione*[109] e, come sua specificazione, quello *par ricochet* di marca francese[110]), rinunciando del tutto a intraprendere questa strada, hanno dovuto fare i conti con difficoltà legate a: *i)* l'impossibilità in certi casi di individuare

[108] Su questo aspetto v. *infra*, Capitolo I, par. 2.4 e Capitolo II.

[109] Il modello della *vicarious liability*, in sostanza, rappresenta la traduzione in ambito collettivo del principio del *respondeat superior*; quella dell'*immedesimazione organica*, invece, sviluppata per superare le difficoltà determinate dalla commissione di reati di tipo *doloso*, predica che l'agente-persona fisica personifica la *corporation*, e di conseguenza le azioni di quello sono anche azioni di questa. Su questi due paradigmi si orientano i modelli imputativi "originari" dei sistemi di *common law*. Cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche,* cit., 202 ss.; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffré, Milano, 2002, 355 ss.

[110] In questo modello, disciplinato all'art. 121-2 code pénal, l'ente risponde "di rimbalzo" per la responsabilità della persona fisica autrice del reato, laddove questa, essendo suo "organo o rappresentate", abbia agito *pour compte* dell'ente. In assenza di meccanismi d'imputazione che siano *propri* del soggetto collettivo, il sistema francese continua a rispecchiare un modello *derivato* di responsabilità, basato su un meccanismo d'imputazione a carattere *oggettivo*, continuando il sistema a rivelarsi scarsamente permeabile all'introduzione di collegamento autenticamente personale. Cfr. in tema J. TRICOT, *Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales: l'exemple français*, in *Rev. sc. crim.,* 2012, 19 ss. Tuttavia, lo sforzo della giurisprudenza di recuperare un legame almeno di tipo materiale tra ente e reato ha raggiunto risultati consolidati. Benché di per sé la legge non tratteggia alcun collegamento materiale in termini di interesse/vantaggio/profitto/beneficio tratto dal reato, la giurisprudenza da tempo (sin da Cour de Cassation, Crim., 7 juillet 1998, *n° 97-81273,* in *RSC,* 1999, 336 ss., con nota di G. GIUDICELLI-DELAGE) tende tuttavia a configurare un legame di tipo *oggettivo* tra ente e reato. Riconoscendo la scarsa portata euristica del criterio formale della "spendita del nome" dell'ente, i giudici chiedono che il reato sia stato commesso «*dans son intéret et à son profit»,* indipendentemente dal fatto che si tratti di un beneficio di ordine «*materiel ou moral, actuel ou éventuel, direct ou indirect*».

un'azione umana da cui far derivare la responsabilità dell'ente[111]; *ii)* la difficoltà di funzionalizzare un ente che è concepito come incapace di azione (e, dunque, di prevenzione) agli scopi del sistema (prevenire i reati mediante l'ausilio dell'ente)[112]; ritrovandosi poi, quasi sempre, a tradire il modello oggettivo originario, introducendo forme varie – più (il concetto di *culpability* dell'ente) e meno (si pensi ai concetti di *faute diffuse* o *politique commerciale criminelle* elaborati dalla giurisprudenza francese, che fondano schemi meramente presuntivi della colpevolezza dell'ente) compiute – di responsabilità colpevole.

I sistemi nei quali invece si è tentato di costruire un modello autonomo d'illecito, dotato di una componente soggettiva, quasi mai hanno completato l'opera. Il paradigma d'imputazione italiano, che di questi modelli avrebbe dovuto rappresentare uno degli esempi più avanzati, è ancora oggi alle prese con la strutturazione della "colpa di organizzazione": cosicché, mentre il modello legislativo lascia intendere l'inclinazione per un *tipo colposo* in senso stretto (dove l'ente risponde, in conformità con i dettami

---

[111] È stato così che in Francia, seguendo uno spirito di pragmatismo mirato a raggiungere un risultato sanzionatorio, sono state elaborate soluzioni di tipo compromissorio finalizzate non a ri-fondare la responsabilità dell'ente su presupposti (soggettivi) propri, ma soltanto ad autonomizzare la responsabilità dell'ente da quella delle persone fisiche (non identificate o non identificabili). Nell'ambito della responsabilità degli enti derivante *faute intentionelle,* ossia da reati dolosi, la soluzione è stata trovata nella combinazione di meccanismi presuntivi a nozioni vaghe ed arbitrarie, come quella di «*politique commerciale*»: allorché i reati in considerazione siano espressione di una «politica commerciale della società», come nel caso di ricorso sistematico alla corruzione o a pratiche commerciali fraudolente, la *Cour de Cassation* in qualche (ed invero isolata) occasione ha affermato presuntivamente che tali tipologie di reati non possano che essere commessi, per conto della società, dai suoi organi e rappresentanti. Nel campo della *faute non-intentionelle* (*faute deliberée, faute caracterisée* e *faute involontaire*), i giudici si sono spinti ancora oltre, ingaggiando la responsabilità dell'ente alla sola presenza di un evento dannoso risultante da un comportamento colposo. L'idea di una "colpa diffusa" («*faute diffuse*») propria dell'ente, indipendente da un rapporto di rappresentazione, non ha però fatto lunga strada. La giurisprudenza più recente della *Cour de Cassation* (a partire da due importanti pronunce del 2011 e del 2012) ha voluto chiarire che l'individuazione di un difetto organizzativo nell'ambito dei dispositivi di prevenzione imposti per l'esercizio dell'attività d'impresa (ad esempio dalla normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell'ambiente) non può sostituire, pena la violazione del principio di legalità, i due criteri di stampo oggettivo scolpiti dal code pénal. Tuttavia non è respinto del tutto l'utilizzo di meccanismi presuntivi: i giudici di legittimità continuano infatti ad ammettere che, nel caso in cui l'autore non sia stato identificato, o non lo possa essere, la responsabilità dell'ente possa comunque essere pronunciata allorché i giudici del merito siano in grado di attribuire il reato a persona rivestita di ruolo e poteri tali da consentire di qualificarla nei termini di organo o rappresentante dell'ente. V. ad es, *Cour de Cassation, Chambre Criminelle*, 6 maggio 2014, n° 13-82.677, in *Rev. Pénit.,* 2014, 633 (con nota di F. ROUSSEAU).

[112] Al fine di sviluppare meccanismi di incentivo positivo ad investire nella prevenzione dei reati, le *Federal Sentencing Guidelines for Organisations* del 1991 hanno enucleato un'autonoma *culpability* dell'ente, valorizzando, ma ai soli fini della riduzione (ancorché cospicua) della pena irrogabile, l'adozione di *compliance programs* funzionali alla prevenzione degli illeciti. Lo stesso obiettivo di incentivare la prevenzione interna all'ente sembrerebbe essere contenuto anche nei *Principles of Federal Prosecution of Business Organisations*, laddove la previsione di modelli *ex ante* di prevenzione dei reati è valutato come fattore che dovrebbe orientare il *prosecutor* ad abbandonare la via punitiva in favore di quella negoziale. Del pari, l'esperienza inglese si caratterizza per aver innestato, sulla traccia originaria della responsabilità oggettiva, modelli differenziati di responsabilità colpevole: cfr. A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 206; C.E. PALIERO, *La responsabilità degli enti,* cit., 282–283; D. PELLOSO, *La responsabilità penale degli enti in Gran Bretagna. Alla ricerca di nuovi modelli di colpa,* in *www.rivista231.it* , *Sezione Interventi.*

del principio di colpevolezza, per non aver impedito l'evento-reato, dopo aver raggiunto la prova che l'evento-reato sia legato al difetto organizzativo da un duplice nesso naturalistico e normativo)[113], nella prassi, all'opposto, tende ad affermarsi un metodo di giudizio fondato su c.d. "profezie autoavveranti" – per le quali la verificazione del reato è per se stessa indice della inadeguatezza preventiva dell'organizzazione d'impresa – che fa scivolare il sistema su una forma di responsabilità oggettiva[114]. Questo, ovviamente, ha inciso sulla "tenuta" complessiva di un sistema politico-criminale fondato sulla prevenzione *ex ante* dei reati, disincentivando le imprese a farsi carico dei costi di autorganizzazione dell'impresa. Ciò con due principali esiti: da un lato, l'inaridimento del d.lgs. 231/2001 per quella parte che doveva essere il suo *core* (gli artt. 6 e 7), dall'altro la sperimentazione dell'inaspettata vitalità di disposizioni (gli artt. 12 e 17) incentrate su un modello di prevenzione *ex post*, con conseguente avvicinamento – almeno da un punto di vista ideale – al paradigma della *reactive fault*[115].

2.4. *Trasformazione rispetto al* mezzo*?*

Tra le trasformazioni che il nuovo ambiente globalizzato ha imposto al diritto penale, l'aspetto della *pena* è forse oggi il meno esplorato, benché l'urgenza delle questioni che solleva lo collochi, a nostro modo di vedere, tra i più meritevoli di approfondimento.

Il titolo del paragrafo merita tuttavia un segno interrogativo. È infatti dubbio che le trasformazioni della dimensione punitiva possano anche essere identificate come trasformazioni della *pena* in sé, ossia dell'istituto–pena. Certamente, della pena sono cambiati, in relazione al mutamento dei destinatari (gli enti) dell'intervento punitivo, i contenuti, ma questo non ha minimamente intaccato la sua forma di strumento limitativo della libertà (di esercizio dell'impresa) e di sottrazione del patrimonio,

---

[113] In proposito v. le approfondite riflessioni di C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516 ss. e ID., *La responsabilità degli enti,* cit., 290 ss. in part. 301.

[114] 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.*, 2017, 1-2, 49 ss., nonché M. COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231. Tra difficoltà operative e possibili correttivi,* in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.,* 2016, 2, 66 ss.

[115] Secondo l'approccio della *reactive fault,* la colpevolezza, quale momento di rimproverabilità di un *fatto* dell'ente, è valutata rispetto alla capacità dell'ente di "reagire" alla commissione del fatto (dunque in un momento successivo alla verificazione del danno o pericolo) e si declina come mancata attivazione da parte della società di misure dirette a rimuovere le conseguenze del fatto illecito della persona fisica. Sulla categoria della *reactive fault,* definita come «*unreasonable corporate failure to devise and undertake satisfactory preventive or corrective measures in response to the commission of the actus reus of an offence by personnel acting on behalf of the organisation*», v. B. FISSE–J. BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge, 1993, in part. p. 48. In tema anche J. GOBERT, *Corporate Criminality: four model of fault*, in *Legal Studies*, 1994, 407 ss. Nella letteratura italiana, A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, 218; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato*, cit., 373 ss.

confermando sotto questo aspetto quel carattere di propensivo *immobilismo* individuato da *Carlo Enrico Paliero*[116].

Ciò di cui siamo certi è l'emersione, nel nuovo ambiente che osserviamo, di nuovi strumenti di composizione dei conflitti sociali (in particolare, la *compliance*, nella forma dei "programmi di conformità" *ex post factum*), laddove la *pena*, in senso classico, dimostri un carattere di lesività tale da non apparire più *sostenibile* per il sistema. Ma se questo movimento interno alla dimensione del punire sia da classificarsi nei termini di un *mutamento* dell'istituto-pena – sulla linea di un nuovo paradigma di evoluzione del castigo legale – oppure segni un nuovo stadio evolutivo del già vigente paradigma *correzionalistico* della pena (in cui la pena comunque non è superata, ma affiancata da un sistema che riproduce la sua negazione)[117], è questione a cui al momento non ci sentiamo di rispondere[118].

Ciò che teniamo qui a segnalare è il dato di questa evoluzione e, con esso, le ragioni che lo accompagnano.

2.4.1. Diritto penale globalizzato ed effetti collaterali della pena

L'antico problema d'irrazionalità che radica al fondo del diritto penale[119] – ossia il suo imprescindibile abbinamento con uno strumento (la *pena*) che per rispondere al male agisce raddoppiandolo (*malum passionis propter malum actionis*) – tende oggi a manifestare risvolti nuovi e di notevole momento.

In un ambiente globale, dove il soggetto principale del diritto penale è l'ente collettivo, e in particolare l'ente di grandi dimensioni, anche a carattere transnazionale, il male inferto dalla pena rischia infatti di propagarsi ben oltre il soggetto che ha commesso il reato, e ben al di là di una cerchia – ristretta o ampia che sia – di soggetti innocenti che con il reato non hanno niente a che fare, ma sui quali gli effetti negativi della pena si riversano per i particolari rapporti (familiari, sentimentali, economici) intrattenuti con il reo. Il rischio è che gli effetti negativi della pena, una volta riversati nel sistema economico, arrivino a intaccare, per le dinamiche interne a questo sistema, anche soggetti che con il destinatario della sanzione penale non intrattengono rapporti diretti o che magari del reato sono addirittura vittime; effetti che durano nel tempo, spesso di portata disastrosa, che il sistema economico non è in grado di smaltire, se non nel lunghissimo periodo. Il male, in questo ambiente, non è mai solo "raddoppiato" e

[116] Cfr. C.E. PALIERO, *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire,* in AA. VV. *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini,* Tomo I, Milano, Giuffré, 2018, 73.
[117] *Ivi,* 74.
[118] V. l'analisi che sarà svolta *infra*, Capitolo II, in part. par. 2 ss.
[119] Parla di a-razionalità genetica del diritto penale C.E. PALIERO, *L'economia della pena*, cit., 537 ss.. Sul tema dell'irrazionalità intrinseca allo strumento della pena F. STELLA, *La giustizia e le ingiustizie*, il Mulino, Bologna, 2006, in part. 222 ss., il quale individua uno dei pilastri di una autentica opera di giustizia "del futuro" nell'azzeramento del male; di quel male, quella «festa crudele della pena», che a tutt'oggi costituisce il «nocciolo duro» del diritto penale.

neppure forse solo moltiplicato, bensì, diremmo, sottoposto a un'operazione di crescita esponenziale.

Le preoccupazioni che ci colgono sono legate per un verso al fatto che i presidi garantistici elaborati dalla dogmatica penalistica per contenere l'uso della pena e fondare il suo legittimo utilizzo da parte dell'attore statale nei confronti del reo – i concetti di *meritevolezza, necessità*, *sussidiarietà*, *proporzione* nonché *effettività* della pena – non sembrano in grado di arginare questa crescita esponenziale del male oltre il suo destinatario principale (l'ente); per altro verso, al fatto che le soluzioni ad oggi in campo, oltre a evidenziare un allungamento della mano pubblica nella conduzione delle imprese per mezzo dell'autorità giudiziaria (come contropartita della rinuncia alla pena), camminano – aspetto, questo, che avremo modo di affrontare nel *Capitolo II* – al limite del principio di uguaglianza e di separazione dei poteri.

2.4.2. In generale sul problema degli effetti collaterali della pena

Il problema appena evidenziato rappresenta un capitolo specifico della questione, più generale, degli "effetti collaterali" della pena, sollevata della dottrina diversi decenni fa, in un ambito molto distante da quello di cui ci occupiamo.

La nozione di "effetti collaterali" della pena sorge infatti nel contesto individuale e, nella sua accezione più ristretta, indica l'insieme degli effetti negativi, a carattere *legale*, derivanti in via *diretta* dalla pronuncia di una sentenza di condanna; effetti che in linea generale possono includere sia le conseguenze penali della sentenza di condanna[120] diverse dalle pene principali e accessorie, sia gli effetti non penali della stessa (ad esempio, l'effetto di incandidabilità e ineleggibilità, il divieto di esercitare determinare professioni, la perdita di diritti elettorali, l'espulsione per gli immigrati e così via)[121]. In un'accezione più ampia, la nozione ricomprende gli effetti collaterali della pena, a carattere *diretto* e *indiretto, de iure* e *de facto*, derivanti in generale dalla condanna penale ma più nello specifico dall'applicazione di una pena detentiva – dagli effetti di emarginazione sociale (problemi di reinserimento nella società, licenziamento, allontanamento del condannato dalla comunità di riferimento e dalla famiglia, difficoltà economiche) al semplice stato di sofferenza personale[122] – che incidono sulla persona del reo.

---

[120] Tra questi, l'impossibilità di godere della sospensione condizionale della pena, la recidiva, l'acquisizione della qualifica di *delinquente abituale, professionale e per tendenza*, l'iscrizione del reo nel casellario giudiziale, l'impossibilità di partecipare a pubblici concorsi o di esercitare talune attività.

[121] M. PINARD, *An Integrated Perspective on the Collateral Consequences of Criminal Convictions and Reentry Issues Faced by Formerly Incarcerated Individuals*, in *86 B.U. L. Rev.* (2006), 624 (nota 1) e 634-636; M. C. LOVE, *Collateral consequences after Padilla v. Kentucky: From punishment to regulation*, in 31 *St. Louis Univ. Pub. L. Rev.* (2011), 87 ss.; S. G. MAYSON, *Collateral Consequences and the Preventive State*, in 91 *Notre Dame L. Rev.* (2015), 302 ss.; G. J. CHIN, *Collateral consequences of criminal conviction*, in 18 *Criminology, Criminal* Justice, Law & Society (2017), 1 ss.

[122] M. R. DAMAŠKA, *Adverse Legal Consequences of Conviction and Their Removal: A Comparative Study*, in 59 *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.* (1968), 347 (il quale definisce come *sociale consequences* di una condanna gli effetti «*that attach "on account of societal disapprobation" such as ostracism or refusal to employ individuals with criminal convictions*»); K. M. OLIVARES et al., *The*

In un'accezione estremamente lata, il concetto di effetti collaterali della pena non è limitato alla persona del reo, ma abbraccia tutti i soggetti la cui esistenza è a lui legata, economicamente e/o esistenzialmente (in particolare, i suoi familiari[123], ma anche, ad esempio, i suoi dipendenti[124]).

Nella dimensione individuale, il problema degli effetti collaterali – o, se si preferisce, dei costi sociali – sperimenta una considerazione soltanto parziale, trovando spazio ora all'interno del procedimento di individualizzazione della pena[125], ora all'interno dei programmi di sostegno ai familiari del reo e nei programmi di reinserimento sociale e lavorativo dei detenuti[126]. L'eliminazione totale dei danni relazionali, delle sofferenze personali e delle fratture sociali legate alla pena è invece uno degli obiettivi della giustizia riparativa[127], quale paradigma di giustizia penale pensato per porsi in alternativa radicale alla giustizia punitiva.

> Come noto, la giustizia *riparativa*, nella sua forma pura, si pone come alternativa radicale alla giustizia *punitiva.* Perseguendo il tentativo di uscire dalla *sofferenza* – passo ulteriore, questo, rispetto all'uscita dalla vendetta[128] – di cui la pena, in senso classico, è portatrice[129], essa

---

collateral consequences of a felony conviction: a national study of state legal codes 10 years later, in 60 *Federal Probation* (1996), 10 ss.; G. P. FLETCHER, *Disenfranchisement as Punishment: Reflections on the Racial Uses of Infamia,* in 46 *Ucla L. Rev.* (1999), 1897 ss.

[123] M. BARBARA–Y. MICAHEL, *Saving One's Home: Collateral Consequences For Innocent Family Members,* in 30 *N.Y.U. Rev. L. & soc. Change* (2006), 689 ss.; J. P. LYNCH–W.J. SABOL, *Assessing the Effects of Mass Incarceration on Informal Social Control in Communities,* in *3 Criminology and Public Policy* (2004), 267–294; D. R. ROSE–T. R. CLEAR, *Incarceration, Reentry and Social Capital: Social Networks in the Balance,* in J. TRAVIS–M. WAUL (eds.), *Prisoners once removed: the impact of incarceration and reentry on children, families and communities,* New York, 2003, 313–341.

[124] M. WOODLEY, *Bargaining over Corporate Manslaughter – What Price a Life?*. in 77 *J. Crim. L.,* (2013), 35 ss.

[125] A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, 5th ed. Cambridge, 2010, 184–185.

[126] M. PINARD, *op. cit.,* 649.

[127] Per una definizione della giustizia riparativa come paradigma alternativo-integrativo rispetto a quello punitivo v. G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale,* Giuffré, Milano, 2003; R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1, 2016, 96 ss.: «per quanto riguarda la struttura, dalla giustizia a tre, si passa a una giustizia a due; dal processo si passa alle pratiche di mediazione; dal giudice si passa al mediatore; dal disvalore valoriale del fatto si passa al carattere sostanziale-relazionale del conflitto, sia rispetto alle cause del passato, sia rispetto agli effetti che si producono nel futuro; dalla interpretazione delle norme, si passa al dialogo interpersonale. Per quanto riguarda gli esiti, essi possono essere i più vari, ma tutti si caratterizzano sia per l'assenza di una risposta autenticamente punitiva e violenta nei confronti dell'autore, sia per la valorizzazione del ruolo della vittima: riparazione (ripristinazione e risarcimento), riconoscimento dell'altro, ristabilimento della verità fattuale, riconciliazione, fino alle forme più estreme del pentimento e del perdono». V. inoltre M. A. PASCULLI, *Some reflections on Restorative Justice in Searching for Universal Justice,* in A. INCAMPO–W. ŻEŁANIEC (eds.)*, Universality of Punishment*, Cacucci, 2015, 217 ss.: «*restorative justice as understood in the doctrinal debate, basically signifies a process in which offenders, victims, their representatives and representatives of the community come together to agree on a response to crime*». Per altre definizioni v. F. MARSHALL, *The Evolution of Restorative Justice in Britain,* in *European Journal on Criminal Policy Reasearch,* 4, 1996, 21 ss. e D. SULLIVAN–L. TIFFT, *Handbook of Restorative Justice: a Global Perspective,* Routledge, New York, 2006, 17 ss. In tema, inoltre G. DARAIO, *Il "principio riparativo" quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, in *Dir. pen. e proc.,* 2013, 3, 357 ss.

[128] Il rischio di un eccesso punitivo non interessa soltanto il diritto penale moderno e postmoderno; essa attraversa, al contrario, anche le epoche precedenti, dove la gestione del diritto punitivo in forma privata

rinuncia ad ogni scopo di tipo sanzionatorio, per abbracciare l'obiettivo di elaborare i conflitti nascenti dal delitto secondo una prospettiva di tipo dialogico, valorizzando al massimo i canali di comunicazione tra autore e vittima. L'esito non è dunque mai la pena, ma la messa in atto di condotte riparatorie e/o il risarcimento del danno, oppure semplicemente la conciliazione tra le parti, nel caso in cui si apra l'ingresso a valori come il pentimento e il perdono[130]. Questa forma di giustizia sembrerebbe capace di risolvere, ad un tempo, alcuni aspetti paradossali della giustizia penale: tra questi, la pretesa di risolvere un conflitto sociale in modo conflittuale, mediante compensazione del male, aggiunto proporzionalmente a quello commesso; l'illusione che la pena, comunque limitata ai beni (libertà personale e patrimonio del reo) davvero possa compensare – se questa è logica – il male inferto nei casi più gravi (si pensi al genocidio, o più semplicemente all'omicidio doloso aggravato); e, infine, il fatto che questa compensazione non sia mai davvero tale, comportando, appunto, sempre una certa quota di male addizionale, non incluso nel calcolo della pena proporzionata al fatto e spesso involontariamente, ma ineluttabilmente, diretto verso soggetti estranei al reato.

Ebbene, questa nuova ed allo stesso tempo antica[131] forma di giustizia, mentre ha già dato i suoi frutti nell'ambito della giustizia di transizione e internazionale[132] (anche, appunto, per la sua capacità di superare il paradosso delle c.d. *gross violations*), nel nostro ordinamento è a malapena in boccio, potendosene vedere soltanto qualche gemma sparsa nelle forme *extra-giurisdizionali* di composizione dei conflitti, e specificamente nella materia della *mediazione penale.* Tuttavia, i semi della giustizia riparativa iniziano a infestare sempre più generosamente anche i procedimenti giurisdizionali, ponendosi spesso come necessario interstizio tra le forme ordinarie e le forme speciali del procedimento penale, in particolare quelle a carattere *negoziale.*

D'altra parte, sembra difficile immaginare che il futuro ci riservi un avvicendamento tra i due sistemi (punitivo e riparativo), lasciandone piuttosto prospettare un'integrazione o, comunque, un'ibridazione. Anzitutto perché la giustizia *riparativa* per quanto idonea a riparare un conflitto già sorto, sostituendo il bisogno di pena della

---

portava in sé il rischio di sfociare in una reazione sproporzionata. Tutta la storia del penale può essere infatti letta come la «storia di una lunga fuoriuscita dalla vendetta» e, al contempo, «come la troppo lunga storia del faticoso avvento, ogni volta ostacolato nei fatti, di un apparato di protezioni e garanzie disposte intorno all'accusato e ai suoi diritti». Cfr. M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale,* in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007),* Tomo I, Giuffré, Milano, 2009, 3-4.

[129] Ma uscire dalla "sofferenza" della pena può voler dire abbandonare una volta per tutte la pena stessa. Cfr. K. LÜDERSSEN, *La prospettiva della riparazione,* in ID., *Il declino del diritto penale,* ed. it. a cura di L. Eusebi, Giuffré, Milano, 2005, 32 ss. il quale reca in dubbio che si possa continuare a parlare di pena o anche di fini della pena laddove la risposta alla commissione del reato si sostanzi in meccanismi che non apportano sofferenza. Egli allora critica C. ROXIN – dando dunque su questo punto ragione a HIRSCH – laddove questi intende la riparazione come un mezzo che può servire ad "adempiere i fini della pena", mentre «circoscrivere i fini della pena alla prevenzione (…) non autorizza a sorvolare sul carattere di male che contraddistingue la pena», la quale «resta chiamata ad agire in senso preventivo in quanto *male*».

[130] In proposito R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione,* cit., 100 ss.

[131] M. SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI, *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto,* Roma-Bari, 2002, 163 ss. ; ID., *Justice négociée, justice hégémonique : l'émergence du pénal public dans les villes italiennes des XIIIe et XVe siècles,* in *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge, Collection de l'École française de Rome,* 2007, 385 ss.

[132] Per il concetto di *Restorative Justice* come paradigma che completa, ma non esaurisce, quello più ampio di *Transitional Justice* v. R. UPRIMNY–M. P. SAFFON, *Transitional justice, Restorative Justice and Reconciliation. Some insight from the Colombian Case,* in www.global.wisc.edu/reconciliation (in particolare tabella a pag. 5). Sul paradigma della *Transitional Justice* (TJ), v. *infra*, Capitolo IV, sez. I, par. 1.

giustizia punitiva, non sembra disporre, almeno nella sua forma *pura,* di strumenti idonei – la minaccia di *pena* o la promessa di un *premio* – anche a prevenire l'insorgere di quel conflitto; né, sorgendo all'interno di una dimensione *particolare* e *concreta* (*ex post factum patratum*), e sfruttando un simbolismo valido solo tra le parti del conflitto, sembra capace di svolgere quella funzione di accreditamento di valori e consolidamento dei legami sociali da sempre assegnata alla giustizia punitiva[133]. Inoltre la forma pura della giustizia *riparativa,* che vorrebbe sostituire alla pena l'elaborazione *dialogica* del conflitto sorto con il reato, mediante un incontro reale tra i responsabili e le persone offese, non sembra predicabile per reati commessi su larga scala, con alto numero di vittime, a vittima "diffusa" o dove la vittima principale sia lo Stato o altro ente collettivo; né, a maggior ragione, per reati dove il responsabile non sia una persona fisica, bensì un ente. Si pensa, allora, a una nuova forma di giustizia che sia capace di arricchire la risposta al reato della dimensione riparativa, senza del tutto rinunciare a quella punitiva. Una delle idee guida è il c.d. "delitto riparato" [134], concepito nel senso di prevedere una pena fortemente attenuata (inferiore o equivalente a quella del delitto tentato) in presenza di una riparazione totale o parziale dell'offesa. Il volto della *riparazione* in questi casi tenderebbe allora a mutare: da riconciliazione emotiva e reintegrazione economica di una vittima (in carne ed ossa) che dialoga con l'autore del reato, a riparazione dell'offesa, più, eventualmente, il risarcimento del danno.

2.4.3. Effetti collaterali della pena e sostenibilità dell'intervento punitivo

Nell'ambito collettivo, non diversamente da quello individuale, per effetti collaterali della pena s'intendono[135] le conseguenze negative che possono derivare dalla pronuncia di una condanna penale o, più direttamente, dall'applicazione di una sanzione penale (pene pecuniarie e interdittive, ma vi ricomprenderemmo anche le misure ablatorie) e, talvolta, anche dal semplice esercizio dell'azione penale.

In senso più restrittivo, la nozione di *collateral effects* si riferisce alle conseguenze derivanti in via diretta dall'applicazione di una sentenza di condanna (o comunque dalla

[133] Scrive F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva,* in G. Mannozzi – A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone,* il Mulino, Bologna, 2015, 74 che «il paradigma della giustizia punitiva, pur continuando ancora ad alimentarsi dell' "oscuro bisogno di pena" e del cristallino schema della deterrenza, è stato meglio legittimato sociologicamente dall'idea che esso persegua un obiettivo di stabilizzazione sociale mediante accreditamento di valori e consolidamento dei legami sociali». Questo significato della giustizia punitiva renderebbe il rapporto con la giustizia ristorativa meno conflittuale, ma anche più complesso. Infatti, «questi valori e legami sociali non possono che essere "consacrati", "certificati", consolidati mediante uno strumento che agisca, non già in concreto e a conflitto aperto come fa la riparazione, ma necessariamente *ex ante, ante patratum factum,* e in via generale».

[134] Cfr. M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2013, 1162 ss.

[135] S. E. FOSTER, *Too big to prosecute: collateral consequences, systemic institutions and the rule of law,* in *34 Review Of Banking & Financial Law* (2014–2015), 663–664.

messa in moto dell'azione penale)[136] che incidono sulla posizione soggettiva dell'ente, ad esempio, il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione; ma la nozione può ricomprendere, in un'accezione più ampia, anche le conseguenze *de facto,* tra cui si annoverano le sanzioni reputazionali imposte dal mercato [137], ad esempio disinvestimenti, boicottaggi, chiusura di rapporti commerciali, fino all'esclusione dal mercato stesso. Nel nuovo ambiente globalizzato la giustizia penale si confronta difatti con l'autonoma capacità sanzionatrice del mercato[138] – inteso come luogo di scambio di informazioni e di assunzione di decisioni economiche conseguenti – che, sulla base del messaggio di disapprovazione sociale contenuto nella risposta punitiva, tende ad organizzare una propria reazione, i cui effetti, aggiungendosi a quelli legali, possono condurre a conseguenze indesiderate, molto distanti dal calcolo della pena e sproporzionate, oltre che rispetto al fatto di reato, anche nei loro effetti di sistema.

E infatti, in senso ancora più ampio[139], la nozione di *collateral effects* annette l'insieme degli effetti che incidono, oltre che sull'ente destinatario dell'intervento punitivo, anche sui terzi estranei. Nel contesto collettivo in genere e in particolare nell'ambito della grande impresa che esercita la propria attività su base multinazionale, gli effetti della risposta punitiva – in particolare quando questa s'identifichi nell'applicazione di una pena a carattere interdittivo – difficilmente riescono ad essere limitati al loro destinatario principale, l'ente, e neanche alla più ristretta cerchia della dirigenza e dell'azionariato (*shareholders*), ma finiscono per riversarsi anche sui lavoratori, sugli obbligazionisti, sui clienti, sui fornitori, reali o potenziali (*stakeholders* tradizionali ed emergenti) e, più in generale, sull'economia dei territori che intorno all'attività dell'ente ruota e sull'economia globale da cui l'impresa attinge il suo capitale.

Nella letteratura americana il tema degli effetti collaterali (*collateral effects*) della pena, in questa accezione più comprensiva, è conosciuto sotto la formula di "*Andersen Effect*"[140], dal nome della società di *auditing Arthur Andersen*, coinvolta nel caso *Enron*.

---

[136] B. M. GREENBLUM, *What Happens to a Prosecution Deferred – Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements,* 105 *Colum. L. Rev.* (2005), 1886.

[137] «Reputational penalties consist in losses of cash flow that occur when customers and other related parties stop dealing with the offending corporation or change their willingness to pay for the offender's product»: cfr. C.R. ALEXANDER, *On the Nature of the Reputational Penalty for Corporate Crime: Evidence*, in 42 *J.L. & Econ.* (1999), 490–491.

[138] Si veda in tema A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France* (2012-2014), Nantes, Fayard, 2015, 262 ; Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione*, XI ed., Laterza, Roma-Bari, 2008, 75.

[139] Ma la nozione potrebbe essere ampliata ulteriormente, fino a ricomprendere anche gli effetti collaterali derivanti dalla scelta dell'impresa di scegliere, come mezzo di difesa dei confronti di una politica penale troppo rigorosa, di spostarsi in Paesi dove certe pratiche siano ammesse o dove la politica giudiziaria sia più tollerante. V. in proposito R. E. BARKOW, *The Prosecutors as Regulatory Agency*, in A.S. Barkow–R.E. Barkow (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York University Press, 2011, 186–187.

[140] L'espressione è stata coniata in particolare da P.J. HENNING, *The Organizational Guidelines: R.I.P.?*, 116 *Yale L. J. Pocket Part* (2007), 314 ss.

La vicenda è nota. Nel 2001 Enron era uno dei maggiori gruppi industriali del mondo in campo energetico, operante principalmente negli Stati Uniti. Nello stesso anno, la società ammise di aver commesso numerose irregolarità finanziarie nei bilanci del periodo compreso tra il 1997 e il 2000, tra cui l'esclusione dai bilanci consolidati di numerose *special-purpose entities*. Sul finire del 2001, la società venne dichiarata fallita ai sensi del *Chapter 11* in tema di *bankruptcy*[141]. La società Arthur Andersen, al tempo una delle cinque società di revisione più importanti al mondo (c.d. *big five*), ritenendo che avesse occultato e distrutto documenti relativi al caso *Enron,* venne condannata per il reato di ostruzione alla giustizia[142] – salva una tardiva rivalutazione della vicenda da parte della Corte Suprema[143] – al pagamento di una multa di 500.000 dollari e a 5 anni di messa alla prova. Dalla condanna derivò il ritiro della licenza di revisione. Fu soprattutto questa conseguenza a decretare la crisi della società e a provocare gravissimi effetti collaterali: oltre ai gravi danni economici per gli investitori, 85.000 dipendenti furono licenziati, di cui soltanto 28.000 negli Stati Uniti.

Ebbene, quando la pena proporzionata al fatto ed effettiva, ossia realmente capace di esercitare un'efficacia dissuasiva per l'ente, provoca però questo tipo di effetti, il diritto penale si trova ad un'*impasse*, come stiamo per vedere in alcune esperienze nordamericane ed europee.

[141] Per approfondimenti sul caso *Enron,* v. J.C. COFFEE, *Understanding Enron: It's about the Gatekeepers, Stupid,* in *Bus. Law* (2002) 1401 ss.; ID., *What caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990s,* in *Cornell L. Rev.* (2004), 269 ss.

[142] *U.S. v. Arthur Andersen, No. 02-121 (S.D. Tex. June 15 2002).*

[143] Tre anni dopo la condanna, la sentenza di condanna fu ribaltata all'unanimità dalla Corte Suprema degli Stati Uniti, ritenendo che la Corte federale avesse istruito erroneamente la giuria su quali condotte dovessero ritenersi ricomprese nel reato di ostacolo alla giustizia e statuendo che non rientrasse in tale reato il fatto di aver suggerito ai dipendenti la distruzione di documenti nella convinzione che tale condotta, oltre a rispondere alla policy aziendale, fosse conforme alla legge. Cfr. *Arthur Andersen LLP vs. United States, 544 U.S. 696* (2005).

CAPITOLO II – LA "SOSTENIBILITÀ" DELL'INTERVENTO PENALE NEL NUOVO AMBIENTE GLOBALIZZATO. UN DIRITTO PENALE ORIENTATO AGLI *EFFETTI* DELLA PENA?

0. Premessa. Dal problema della sostenibilità della pena ai modelli di soluzione

Dalla situazione in cui la pena *proporzionata*/*effettiva* nei confronti dell'ente non appare *sostenibile* per il sistema economico e sociale di riferimento la giustizia penale non ha possibilità di uscire se non mediante una manovra di retromarcia. Nel panorama internazionale si confrontano due principali modelli di rinuncia alla pretesa punitiva.

Il più diffuso è ad oggi quello *negoziale*, nato negli Stati Uniti per poi seguire un percorso di diffusione su scala globale, fino a raggiungere – attraverso operazioni di vera e propria *legal translation*, più che di mero *legal transplant*[144] – tradizioni giuridiche anche molto distanti da quella di origine, tra cui quella francese.

A questo modello si affianca quello di stampo *commissariale*, più adatto a sistemi legati al principio di obbligatorietà dell'azione penale[145], di cui, come vedremo, nel nostro ordinamento troviamo ampie tracce.

Cercheremo di seguito di presentare i due modelli, e nel passaggio dall'uno all'altro – segnatamente, in sede di analisi dell'esperienza francese – tenteremo di portare alla

[144] M. LANGER, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in 45 *Harv. Intl. L. J.* (2004), 1 ss.

[145] È pur vero che nel nostro ordinamento, nonostante il principio di obbligatorietà dell'azione penale sia espresso in via generale, per di più all'interno del testo costituzionale (art. 112 Cost.), permangono dei dubbi circa la sua estensione nell'ambito della responsabilità degli enti. La tesi della vigenza di un principio di opportunità dell'azione penale nei confronti dell'ente troverebbe conforto nel dato testuale, laddove l'art. 58 d.lgs. 231/2001 consente al pubblico ministero che non procede alla contestazione dell'illecito amministrativo a norma dell'art. 59 d.lgs. 231/2001 di emettere, *inaudito iudice*, decreto motivato di archiviazione degli atti. Com'è chiarito nella *Relazione al decreto legislativo* recante «*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*» tale disciplina si giustifica nell'ottica di considerare l'illecito dell'ente alla stregua di un mero illecito amministrativo, «per il quale non sussiste l'esigenza di controllare il corretto esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero». Da qui la parificazione con l'art. 18, co. 2, l. 689/1981. Le perplessità tuttavia permangono, non riuscendosi davvero a contenere la responsabilità dell'ente nel mero ambito dell'illecito amministrativo ed anzi ravvedendovi – d'accordo con molta dottrina ed in parziale dissenso con la giurisprudenza orientata sulla categoria del *tertium genus* (cfr. Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, "Thyssenkrupp") – una responsabilità schiettamente penale. Per tutti v. T. PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi*: *la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitva"*, Torino, 2004, 13 ss.

luce le caratteristiche della nuova forma di giustizia penale di cui essi sono espressione. Il *trait-d'union* tra i due modelli si rintraccia infatti nella sostituzione della *pena*, quale strumento di punizione "per il passato", con la *compliance*, quale strumento di tutela "per il futuro", sulla base dell'individuazione di un *interesse pubblico* contrario al perseguimento della normale via punitiva.

1. Il modello negoziale nei Paesi di stampo anglosassone

1.1. Effetti collaterali della pena e modello negoziale negli USA

Nei paesi anglosassoni (Stati Uniti e Regno Unito *in primis*), dunque all'interno di tradizioni giuridiche avvezze a meccanismi di tipo negoziale e sullo sfondo della discrezionalità che contraddistingue l'esercizio dell'azione penale, la soluzione al problema dei *collateral effects* è stata prevedibilmente rintracciata in particolari tipologie di accordi tra impresa e pubblica accusa, i *deferred prosecution agreements* (*DPAs*) e *non-prosecution agreements* (*NPAs*).

1.1.1. Gli strumenti di "pre-trial diversion" *(DPA*s e *NPA*s*) come soluzione intermedia tra l'esercizio dell'azione penale e la sua rinuncia*

Nati negli anni '70 nell'ambito della giustizia minorile e utilizzate principalmente per reati di strada di lieve entità[146], a partire dagli anni '90 questi accordi hanno preso piede – inizialmente in via del tutto informale e derogolamentata – nell'ambito di procedimenti instaurati nei confronti di imprese di grandi dimensioni, indagate per gravi *business crimes*. Trattasi di forme di giustizia negoziata, con cui l'esercizio dell'azione penale è rinunciata – immediatamente nei NPA*s*, oppure previa verifica dell'effettivo espletamento delle condizioni dell'accordo nei DPA*s* – dietro l'impegno dell'assolvimento di alcuni obblighi, tra cui la *disclosure* dei fatti e la collaborazione dell'ente nella scoperta dei responsabili individuali dei reati, il pagamento di adeguate somme di denaro in funzione sia di risarcimento del danno sia di *penalty*, nonché, infine, la riorganizzazione in senso preventivo dell'ente.

É opportuno peraltro precisare che mentre i *non prosecution agreements* (NPA*s*) si sostanziano – comunque verificate certe condizioni e dietro garanzia del rispetto della legalità *per il futuro* – in una rinuncia immediata all'azione penale, senza formalizzazione di nessuna accusa, il *deferred prosecution agreements* (DPA*s*) si configurano come accordi di differimento o di sospensione dell'azione penale, nel senso che l'accusa è formulata, ma la *prosecution* resta sospesa[147]. All'ente è conferito un

[146] Cfr. *Speedy Trial Act* del 1974, 18 U.S.C., § 3161 (h) (2).
[147] Cfr. H. FIRST, *Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions*, 89 *N.C. L. Rev*. (2010), 45 ss.; L. A. CUNNINGHAM, *Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform*, in 66 *Fla. L. Rev.* (2014), 18, nota 90; 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, 4.

determinate periodo di tempo (che nella prassi oscilla tra i 12 e i 36 mesi) per ottemperare alle prescrizioni a carattere riabilitativo contenute nell'accordo, al termine del quale le accuse potranno, in caso di esito positivo, essere archiviate. Poiché trattasi di introdurre una deroga al testo dello *Speedy Trial Act,* in base al quale ogni processo penale dovrebbe iniziare entro settanta giorni dalla formulazione dell'accusa[148], il *deferment* – che determina anche una suspensione della prescrizione del reato – dovrà essere autorizzato, sempre in base a questo testo, dal giudice penale[149]; non si tratta quindi di un mero rapporto bilaterale tra ente e *prosecutor.*

Tali accordi, considerati una via intermedia tra l'esercizio dell'azione penale e la sua totale rinuncia (un'alternativa dunque rispetto alla «*the all-or-nothing choice between indicting (and destroying) a company and giving it a complete "pass"*»[150]), si distinguono altresì, per alcuni tratti essenziali, dal patteggiamento (*plea bargaining*), disciplinato all'interno della *Rule 11* delle *Federal Rules of Criminal Procedure*. Lasciando da parte gli aspetti strettamente procedurali, e portando l'attenzione su quelli sostanziali, la differenza principale tra i due tipi di accordi risiede essenzialmente nel fatto che l'ammissione di responsabilità da parte dell'ente, fulcro del patteggiamento – se infatti è vero che può darsi un *guilty plea* senza concessione di un *plea bargaining,* è altrettanto vero che non è configurabile alcun *plea bargain* senza un *guilty plea*, ossia senza ammissione di responsabilità da parte dell'ente[151] –, è contenuto solo potenziale di un NPA o di un DPA[152].

Diversi i presupposti, differiscono anche gli effetti delle due procedure. Assumendo il punto di vista dell'ente, un NPA o DPA, pur non mettendolo al riparo da conseguenze di tipo sanzionatorio, in particolare a carattere pecuniario, proteggerà sempre l'ente dall'irrogazione di sanzioni non pecuniarie, a carattere incapacitante (*suspension* o *debarment*), derivanti in via automatica dalla condanna penale o irrogate da organi diversi dal DOJ come conseguenza di una sentenza di condanna; protezione che, invece, un *plea agreement* con valore di sentenza di condanna non potrà garantire. E infatti, benché il *plea agreement* rimanga aperto nella prassi a contenuti atipici, in grado di rispecchiare particolari *desiderata* dell'imputato (tra cui può rientrare la promessa per l'imputato di non menzionare i precedenti che lo riguardano e che potrebbero far scattare consistenti aumenti di pena, legati alla condizione di *habitual offender*, l'assicurazione di una *immunity* in relazione a reati diversi da quello per cui si procede, la rinuncia a promuovere l'azione penale nei riguardi di un coimputato), gli unici risultati in qualche misura sicuri sono: nello schema del *charge bargaining*, un trattamento di favore in ordine alla quantità e alla specie di pena applicabile e, nello

---

[148] *Ivi*, § § 3 3161 (c) (1).
[149] *Ivi*, § 3161 (h) (7) (A).
[150] C. A. WRAY–R. K. HUR, *Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World: The Thompson Memo in Theory and Practice*, 43 *A. Crim. L. Rev*. (2006), 1105; P. SPIVACK–S. RAMAN, *Regulating the New Regulators: Current Trends in Deferred Prosecution Agreements*, 45 *Am. Crim. L. Rev*. (2008), 166.
[151] Cfr. M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Jovene, Napoli, 2009, 95-96.
[152] Cfr. U.S.S.G., §4 A1.1(c) (2016).

schema del *sentencing bargaining,* un trattamento benevolo circa la quantità e la specie di pena applicabile[153]. Inoltre, per espressa previsione contenuta nelle le *U.S. Sentencing Guidelines*, la conclusione di un DPA o di un NPA, a differenza del *guilty plea*, non conta come precedente «*if there was no finding of guilt by a court and the defendant did not plead guilty or otherwise admit guilt in open court*»[154]. Agli effetti legali più favorevoli potrà fare da contraltare anche la minore incidenza di (eventuali) sanzioni derivanti in via *de facto*, quali ad esempio quelle a carattere reputazionale ed altre *market-based sanctions*. Dal punto di vista del *prosecutor*, la conclusione di un accordo del tipo di quelli in esame, comunque garantendo il pagamento di elevate somme di denaro a titolo di sanzione penale (*criminal penalty*), oltre alla confisca dei profitti illeciti (*disgorgment*) e alla riparazione dei danni (*restitutions*), offre uno spazio di manovra più ampio in termini di obbligazioni che possono essere imposte all'ente, trattandosi di accordo dal contenuto, per sua stessa essenza atipico, mentre nel *plea bargaining* il contenuto dello "scambio" a favore del *prosecutor* tende ad esaurirsi nell'ammissione di responsabilità da parte dell'imputato e, di conseguenza, nella rinuncia a difendersi con il massimo dispiegamento delle garanzie processuali proprie del *due process of law.*

1.1.2. Approccio multifattoriale e "collateral effects": *le indicazioni contenute nei* Prosecutors' Memoranda *e nell'*U.S. Attorney Manual

Il legame tra la diffusione di questi strumenti a carattere negoziale e la prospettazione di ripercussioni legate all'applicazione della pena è reso palese sia dall'utilizzo che storicamente ne è stato fatto, sia dall'evoluzione delle *guidelines* in materia di *corporate criminal prosecution*.

È opportuno ricordare che negli U.S.A., al fine di orientare l'esercizio della discrezionalità dei *prosecutors* federali, il *Department of Justice* si avvale di linee guida, aggiornate nel corso degli anni. Troviamo in particolar modo due ordini di linee guida: quelle contenute all'interno dei *Memoranda* adottati dai viceprocuratori generali

[153] M. CAPUTO, *op. ult. cit.*, 101-102: «Il *charge bargaining* è una prassi informale che, nella versione soprannominata *vertical*, consiste in un "declassamento" dell'imputazione, e quindi nella sostituzione della fattispecie originariamente contestata con un'altra meno grave, quale contropartita del *guilty plea*. Il *charge bargaining* conosce anche una versione *horizontal*, allorché il *prosecutor*, senza procedere ad alcuna trasformazione qualitativa, in caso di concorso di reati rinunci a perseguire uno o più capi d'imputazione e li faccia cadere mantenendo in piedi la contestazione degli altri, sui quali convergerà la dichiarazione auto-incriminatrice dell'imputato [*Rule*11(c)(1)(A)]. Nelle fasi negoziali, tuttavia, il *vertical* e l'*horizontal charge bargaining* sono spesso preceduti dai corrispettivi e patologici fenomeni dei c.d. *vertical* e *horizontal overcharging*: accade che il *prosecutor* "sovraccarichi" le accuse, aumentandone a bella posta la gravità o il numero al fine di convincere l'imputato alla scelta auto-accusatoria in ordine a una ipotesi di reato qualitativamente e quantitativamente più *soft*. L'altra figura tipica (e più tecnica) di *plea bargaining* è il c.d. *sentence bargaining*, grazie al quale il *prosecutor*, come corrispettivo della dichiarazione di colpevolezza del *defendant*, si impegna a raccomandare una soluzione sanzionatoria particolarmente benevola in sede di *sentencing* o a non opporsi alla richiesta dell'imputato, quando non a concordare con il giudice la specie e il *quantum* di pena da applicare, in consapevole violazione del divieto di cui alla *Rule*11(c)(1)41».

[154] Cfr. U.S.S.G., § 4A1.2 (f) (2016).

succedutisi negli anni, a partire dal c.d. *Holder Memo* del 1999, nonché quelle positivizzate, a partire dal 2008, all'interno *Principles of Federal Prosecution of Businees Organizations*, oggi contenuti in un'apposita Sezione del titolo 9 dell'*U.S. Attorney Manual – U.S.A.M.* (§ 9-28.000 ss.). Tali principi prendono anche il nome di *Filip's Principles* poiché fu con il *Memorandum* del 2008, emanato dal viceprocuratore *Mark Filip*, che i principi in materia di esercizio dell'azione penale nei confronti delle persone giuridiche furono inseriti nell' U.S.A.M. Da allora, i *Memoranda* devono confrontarsi con questo testo, prevedendone una modifica in caso di disposizioni modificatrici o integratrici[155].

La parte più consistente dei *Principles* è dedicata all'individuazione di fattori addizionali (*additional factors*), che, sommandosi a quelli ordinari, normalmente considerati anche nel processo delle persone fisiche (sufficienza delle prove; probabilità di una sentenza di condanna; l'effetto della sentenza di condanna sull'imputato; l'adeguatezza di misure *extrapenali*) devono orientare l'attività del *prosecutor* nell' ambito collettivo. Traendo ispirazione dai criteri già indicati nelle *Federal Sentencing Guidelines for Organizations* del 1991, diretti orientare l'attività del giudice in sede di *sentencing*, tali fattori furono enucleati per la prima volta all'interno dell'*Holder Memo* del 2000.

Solo marginalmente rivisitato nel corso degli anni, l'elenco dei fattori addizionali oggi comprende: la natura e la gravità del reato, da valutarsi anche sulla base del danno sulla collettività; la diffusione dell'illecito all'interno dell'impresa, con particolare riguardo al coinvolgimento del *management*; la storia criminale dell'ente, da ricostruirsi in base ai suoi precedenti penali, civili e amministrativi; la disponibilità dell'ente a cooperare nelle indagini, ancorché senza rinunciare all'*attorney client privilege* ed alla *work product protection*[156]; l'esistenza e l'adeguatezza di *compliance program* antecedente alla commissione di un reato; la denuncia, tempestiva e volontaria, del reato commesso; la presenza di azioni riparatorie, siano esse di natura organizzativa (introduzione di un *compliance program* o rafforzamento di quello esistente, allontamanto del *management* responsabile del reato), disciplinare e restitutorio; la probabile verificazione di conseguenze collaterali tali da arrecare un danno sproporzionato («*disproportionate harm*») nei confronti di persone che non siano coinvolte nella commissione del reato, come azionisti (*shareholders*), *dipendenti* e *stakeholders* in generale, nonché un qualsiasi impatto negativo sulla collettività, avuto riguardo anche alle sanzioni extrapenali che possano derivare da una sentenza di condanna; la possibilità di ricorre a misure adeguate di carattere non penale, come

[155] Le ultime modifiche della *Section 9-28.000* dell'U.S.A.M. sono del 2015 e corrispondono alle indicazioni contenute nello *Yates Memo* dello stesso anno.

[156] Inizialmente la rinuncia all'*attorney client privilege* (la quale garantisce la riservatezza del rapporto cliente-avvocato) e alla *work product protection* (a tutela della riservatezza della documentazione predisposta nel corso dell'attività difensiva di un avvocato) poteva essere richiesta dal pubblico ministero quale componente della piena cooperazione alle indagini. A partire dal *Filip Memo* del 2008, il c.d. *cooperation credit* tuttavia non dipende più dalla rinuncia a tali diritti (cfr. U.S.A.M. 9-28.710).

azioni di contrasto a carattere civile o amministrativo; l'adeguatezza della risposta punitiva nei confronti dei soli individui[157].

Questo approccio di tipo multifattoriale esalta al massimo grado la *prosecutorial discretion*: da un lato, in assenza di un ordine gerarchico tra i fattori, sarà compito del *prosecutor* stabilire il peso che, alla luce delle circostanze del caso concreto, assume ciascuno di essi all'interno del giudizio di bilanciamento; dall'altro, laddove i fattori indichino l'inopportunità del processo ordinario, spetterà al *prosecutor* decidere se la soluzione più indicata sia la pura rinuncia all'azione penale, l'adozione di un *plea agreement* oppure la conclusione di un accordo di *diversion* (NPA o DPA).

Benché in linea di principio non esista una relazione determinata e stabilita *a priori* tra i singoli fattori, né tra il peso di un fattore all'interno del giudizio di bilanciamento in concreto e la soluzione da adottarsi al termine del *prosecutorial judgment,* per ciò che riguarda il fattore dei *collateral effects* le linee guida sembrano offrire indicazioni più cogenti, instaurando un automatismo tra il peso assunto nel caso concreto dai *collateral effects* e la scelta della soluzione negoziale.

Da un lato, pur lasciando aperto il confronto con la totalità dei fattori elencati, si mette in evidenza come l'unico fattore in grado di controbilanciare il peso assunto dai *collateral effects* è dato dalla pervasività dei comportamenti criminali, ossia dal fatto che lo scopo criminale fosse conosciuto e sostenuto dall'intera compagine aziendale [«*where the scope of the misconduct in a case is widespread and sustained within a corporate division (or spread throughout pockets of the corporate organization*»] e dagli *shareholders*, con conseguente difficoltà di distinguere tra attività criminale e attività lecita d'impresa («*the conduct at issue was accepted as a way of doing business for an extended period*»). Queste indicazioni ci mettono di fronte, in sostanza, al modello criminologico dell'ente *illecito,* asservito a scopi prevalentemente o totalmente criminali. In tali casi, si dice, l'interdizione (*debarment*) non dovrà essere considerata conseguenza collaterale insiderata, ma conseguenza diretta, voluta dall'ordinamento *(*«*a direct and entirely appropriate consequence of the corporation's wrongdoing*»).

D'altro lato, a partire dal *Filip's Memo* del 2008[158] e nell'attuale versione dell'U.S.A.M., viene instaurata un'associazione diretta tra l'incidenza di questo fattore e i *deferred* e *non prosecution agreements*[159], quale unica opzione che da una parte

---

[157] Rispetto a questo profilo, è significativo il *Memorandum* varato il 9 settembre 2015 dal *Deputy Attorney General* Sally Quillian Yates, intitolato «*Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*». Nelle nuove istruzioni indirizzate ai *prosecutors* federali, la responsabilità penale individuale viene eletta a prioritario strumento di contrasto del *corporate crime*, in risposta ad una «domanda pubblica di responsabilità individuale». Il c.d. *cooperation credit* viene così legato alla messa a disposizione, da parte dell'ente, di tutti gli elementi in suo possesso da cui possa ricavarsi il coinvolgimento di singole persone nell'illecito societario. Per una critica rispetto alla linea di indirizzo "coercitiva" contenuta nello *Yates Memo*, v. P.J. LARKIN–J.M. SEIBLER, *All stick and no carrot: the yates memorandum and corporate criminal liability*, in 46 *Stetson L. Rev.*, 2016, 38 ss. Cfr. inoltre V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018, 286 ss.

[158] *Memorandum from Mark Filip,* Deputy Att'y Gen., to All Component Heads & U.S. Att'ys (August 28, 2008), in www.justice.gov, 18.

[159] Cfr. U.S.A.M., 9-28.1100 – Collateral Consequences, B) «*it may be appropriate to consider a non-prosecution or deferred prosecution agreement with conditions designed, among other things, to promote*

sembrerebbe consentire – senza peraltro lasciare del tutto impunito l'ente, almeno sul piano pecuniario – di evitare gli effetti indesiderati della condanna penale e, dall'altra vorrebbe promuoverne la riconversione, prevenendo la recidiva. Se dunque è vero che le *guidelines* non instaurano una relazione di corrispondenza biunivoca tra forme di *pretrial diversion* e *collateral effects*, esse tuttavia prevedono una relazione di corrispondenza necessaria tra *collateral effects* e forme di *pretrial diversion.* In altre parole, se un accordo del tipo di quelli sopra descritti potrà essere adottato sulla base di considerazioni differenti da quelle relative agli effetti della pena, ogni volta che si manifesta la probabilità di conseguenze sproporzionate della pena la soluzione predisposta dall'ordinamento è l'accordo.

Del resto, benché l'origine degli *agreements* nel contesto collettivo non possa essere riportata specificamente a preoccupazioni di tipo consequenzialista, la prassi dimostra che la loro diffusione è in larga parte riconducibile agli effetti disastrosi del caso *Andersen* e alle polemiche da questo sollevate in ordine alla politica eccessivamente rigorista, e indifferente rispetto alle ricadute economiche e sociali dell'opzione punitiva[160], fino a quel momento perseguita dal DOJ. Le statistiche giudiziarie raccontano che dopo il 2002, e per gli anni a seguire, gli accordi tra il DOJ e le imprese americane hanno conosciuto una crescita vertiginosa[161]; a supporto interpretativo di questi dati, le dichiarazioni dei *prosecutors*[162] mettono in evidenzia il ruolo centrale giocato, sulla scorta del precedente di *Andersen*, da apprezzamenti di ordine consequenzialista nella scelta sull'adozione di un *agreement* in luogo della via penale ordinaria.

---

compliance with applicable law and to prevent recidivism. Such agreements are a third option, besides a criminal indictment, on the one hand, and a declination, on the other. Declining prosecution may allow a corporate criminal to escape without consequences. Obtaining a conviction may produce a result that seriously harms innocent third parties who played no role in the criminal conduct. Under appropriate circumstances, a deferred prosecution or non-prosecution agreement can help restore the integrity of a company's operations and preserve the financial viability of a corporation that has engaged in criminal conduct, while preserving the government's ability to prosecute a recalcitrant corporation that materially breaches the agreement. Such agreements achieve other important objectives as well, like prompt restitution for victims».

[160] C. A. WRAY–R. K. HUR, *Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World*, cit., 1095 ss.; E. K. AINSLIE, *Indicting Corporations Revisited: Lessons of the Arthur Andersen Prosecution*, 43 *Am. Crim. L. Rev.* (2006), 109 ss.; A. WEISSMAN–D. NEWMAN, *Rethinking Corporate Criminal Liability*, 82 *Ind. L.J.* (2007), 411, 442 e nota 107; J. KELLY, *The Power of an Indictment and the Demise of Arthur Andersen*, 48 *S. Tex. L. Rev.* (2006), 509.

[161] C.R. ALEXANDER–M.A.COHEN, *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements*, in 52 (3) *Am. Crim. L. R.* (2015)*,* 537 ss. e in particolare grafico a 568 e tabella a 569.

[162] Si veda, ad esempio, il caso HSBC. In sede di conferenza stampa, l'*Assistant Attorney General* Breuer spiegava che, in caso di proseguimento dell'azione penale, HSBC «*would almost certainly have lost its banking license in the U.S., the future of the institution would have been under threat and the entire banking system would have been destabilized*», quando invece «*our goal is not to bring HSBC down, not to cause a systemic effect on the economy, it's not for people to lose thousands of jobs*». V. *Press Release, U.S. Dep't of Justice, HSBC Holdings Plc. and HSBC Bank USA N.A. Admit to Anti-Money Laundering and Sanctions Violations, Forfeit $1.256 Billion in Deferred Prosecution Agreement* (Dec.11, 2012), at www.justice.gov/opa/pr/2012/December/12-crm-1478.html; C.E. GOLUMBIC–A.D. LICHY, *The "Too Big to Jail" Effect and the Impact on the Justice Department's Corporate Charging Policy,* in 65 *Hastings L.J.* (2014),1318 ss.

Nel settembre del 2012, il vice procuratore generale *Lanny Breuer*, in un discorso focalizzato sull'utilizzo dei DPAs e dei NPAs all'interno delle politiche di *enforcement* in materia di *white collar crimes*, dichiarava di sentire che fosse suo personale dovere «*to consider whether individual employees with no responsibility for, or knowledge of, misconduct committed by others in the same company are going to lose their livelihood if we indict the corporation. In large multi-national companies, the jobs of tens of thousands of employees can be at stake. And, in some cases, the health of an industry or the markets are a real factor. Those are the kinds of considerations in white collar crime cases that…must play a role in responsible enforcement*»[163].

Benché non univoco, anche il dato che ad oggi il DOJ abbia impiegato questo tipo di accordi quasi esclusivamente per imprese di grandi dimensioni e operanti in settori d'interesse strategico per l'economia americana, affidando invece la soluzione di casi che vedevano implicate imprese di medie e piccole dimensioni allo strumento del patteggiamento (*plea agreement*) [164], certamente corrobora l'idea di un utilizzo orientato alle conseguenze.

1.1.3. La judicial review *nel sistema statunitense*

Mentre i NPA*s* sfuggono totalmente al controllo giudiziale, esaurendo la vicenda negoziale prima di una formalizzazione delle contestazioni, i DPA*s* si affacciano alla fase processuale tramite la formulazione dell'accusa, implicando l'attivazione dei poteri di controllo del giudice, così come conferiti dalla previsione statutaria contenuta nello *Speedy Trial Act* del 1974. Questo testo prevede che il processo penale nei confronti di un imputato debba avere inizio entro settanta giorni dall'atto di accusa, facendo salvi alcuni casi di ritardo elencati dalla legge, tra cui rientra il periodo durante il quale il procedimento, *con l'approvazione del tribunale*, è rinviato dal *prosecutor* in base ad accordo scritto con il convenuto, allo scopo di consentire a quest'ultimo di dimostrare la sua buona condotta[165].

Individuata la fonte che legittimerebbe l'attivazione del controllo giudiziale (*judicial review*) nello *Speedy Trial Act*, rimane dubbio l'oggetto di tale controllo e il criterio di giudizio da adottarsi (*judicial standard*). Rispetto al problema dell'oggetto, sembra porsi un'alternativa tra *judicial review* che investa soltanto il contenuto dell'accordo, ossia le condizioni da questo previste, e *judicial review* che si spinga a valutare anche il suo fondamento. La prima soluzione sembra non destare particolari preoccupazioni sul

---

[163] L. A. BREUER, *Assistant Att'y Gen. for the Crim. Div., U.S. Dep't of Justice, Speech at the New York City Bar Association (Sept. 13, 2012),* reperibile in http://www.justice.gov..

[164] L. K. GRIFFIN, *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*, 82 *N.Y.U. L. Rev.* (2007), 321-22; G. B. MARKOFF, *Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century,* in 15 *J. Bus. L.* (2013), 800 ss.

[165] Cfr. 18 U.S.C., § 1361 (h) (per cui «[it] *shall be excluded in computing the time within which an information or an indictment must be filed, or in computing the time within which the trial of any such offense must commence*»: (2) «*any period of delay during which prosecution is deferred by the attorney for the Governement pursuant to written agreement with the defendant, with the approval of the court, for the purpose of allowing the defendant to demonstrate his good conduct*».

piano del principio di separazione dei poteri e dunque rispetto ad una possibile interferenza della *judicial review* nell'ambito proprio della *prosecutorial discretion*, non determinando una diretta invasione di campo nella scelta «*to initiate or decline to bring charges*», nella quale l'esercizio della discrezionalità del *prosecutor* si sostanzia; questo anche perché, a ben vedere, il rifiuto di un DPA che avvenga sulla base di una valutazione negativa dei suoi contenuti non comporta la soppressione del potere discrezionale del *prosecutor*, ma piuttosto la sua rinnovazione. In caso di rifiuto, il pubblico ministero sarà, infatti, vincolato alla decisione del giudice solo rispetto all'accordo già presentato, rimanendo a quel punto libero di perseguire la via dell'archiviazione, esercitare l'azione penale, oppure procedere alla conclusione di un diverso DPA.

Qualora invece la *judicial review* si spingesse sino a valutare il fondamento dell'accordo, si creerebbe un delicato problema di sovrapposizione rispetto alla scelta del *prosecutor* di adottare un *DPA* in luogo di una diversa soluzione (*indictment, plea agreement, dismissal of the charge*), andando quindi a toccare il cuore della *prosecutorial discretion.* Si tratterebbe, in questo secondo caso, di sostituire il bilanciamento del giudice a quello rimesso al *prosecutor*; il quale allora, coerentemente con tale impostazione, non dovrebbe poter ripresentare un secondo *agreement.*

La questione della sovrapposizione tra poteri pare sciogliersi con l'individuazione del *judicial standard*. Una breve digressione appare qui necessaria. Mentre in passato i giudici chiamati a omologare questo tipo di accordi avevano assunto un ruolo poco più che notarile, di revisione puramente formale, tanto da meritarsi l'appellativo di «*potted plants*» (pianta da vaso) o di «*rubber stamps*» (timbro, tipicamente quello del notaio), a partire dal 2012 le corti distrettuali hanno tentato di interrompere questa tendenza, affermando la possibilità di scendere nel merito dell'accordo[166].

In realtà, la tendenza ad affermare un controllo *giudiziale* di tipo *sostanziale* era stata inaugurata, qualche anno prima, nell'ambito di *settlements* di stampo *extra-penale* conclusi con le imprese dalla *Securities Exchange Commission* (SEC). Ci riferiamo in particolar modo ai *Memorandum Orders* adottati nell'ambito dei casi *Bank of America*[167] e *Citigroup*[168] dal giudice *Jed S. Rakoff*, con i quali egli aveva rifiutato di convalidare gli accordi, non considerandoli all'altezza del *deferential judicial standard* («*fair, reasonable, adequate and in the public interest*») vigente anche in ambito *extra-penale*[169].

Ebbene, a detta delle corti distrettuali, tale potere di controllo, oltre ad essere fondato dallo *Speedy Trial Act* (STA), discenderebbe anche da un più generale *supervisory power*, inerente ed implicito all'esercizio della funzione giurisdizionale, il quale consente ai giudici di controllare la correttezza dell'amministrazione della giustizia

[166] Così ad esempio in *U.S. v. Fokker Servs. B.V.,* 79 F. Supp. 3d 160 (D.D.C. 2015); *U. S.*v. *Saena Tech Corp.,* 140 F. Supp. 3d 11 (D.D.C. 2015); *U.S. v. HSBC Bank USA*, N.A., No. 12-CR-763, 2013 WL 3306161 (E.D.N.Y. July 1, 2013).
[167] *SEC v. Bank of America Corp.,* No. 09 Civ. 6829 (S.D.N.Y. 2009).
[168] *SEC v. Citigroup Global Markets Inc., No. 11 Civ. 7387(JSR), 2011 WL 5903733* (S.D.N.Y. 2011)
[169] V. ad es. *SEC v. Randolph*, 736 F.2d 525 (9th Cir.1984).

criminale ed in particolare di valutare da un lato che l'imputato abbia goduto delle garanzie che gli spettano, dall'altro che la risposta penale nei suoi confronti – ancorché parzialmente rinunciata – comunque corrisponda all' "interesse pubblico", in particolare quello alla riduzione dei reati e alla prevenzione di ipotesi di recidiva[170]. Di conseguenza, il criterio della *judicial review* in tema di DPA*s* non sarebbe soltanto quello suggerito dallo *Speedy Trial Act*, ossia l'attitudine dell'accordo a valutare la buona condotta dell'imputato, ma, più in generale, la sua attitudine a perseguire l' "interesse pubblico".

Su questo punto si sono confrontati i giudici di primo e di secondo grado nell'ambito del caso *United States v. Fokker Services B.V*. del 2015. La corte distrettuale aveva rifiutato l'accordo giudicandolo eccessivamente "benevolo" e perciò capace di compromettere la fiducia della collettività nell'amministrazione della giustizia («*undermine the public's confidence in the administration of justice*»), se non adirittura di avere effetti negativi in termini di prevenzione generale *(«promote disrespect for the law»)*[171]. Adita dal *prosecutor*, la Corte di appello, individuava nella pronuncia di primo grado un'indebita invasione dello spazio di discrezionalità riservato agli organi d'accusa[172]. Il processo d'appello ruotava attorno a una disputa grammaticale circa il significato della disposizione di cui al *18 U.S. Code § 1361*, h), 2) per cui non sarebbe da conteggiarsi nel limite di settanta giorni previsto dalla *Speedy Trial Rule* «*any period of delay during which prosecution is deferred by the attorney for the Government pursuant to written agreement with the defendant, with the approval of the court, for the purpose of allowing the defendant to demonstrate his good conduct*». Mentre per il governo la proposizione «*with the approval of the court*» sarebbe legata logicamente al complemento di fine «*for the purpose of allowing the defendant to demonstrate his good conduct»*, l'*amicus curiae* indicato dalla corte di appello aveva ritenuto che questa interpretazione fosse scorretta «*as a matter of English grammar*»[173], trattandosi di proposizione logicamente autonoma. Invero, a dispetto di quanto ritenuto dai giudici di

[170] Sostiene questa lettura M. MILLER, *More Than Just a Potted Plant: A Court's Authority to Review Deferred Prosecution Agreements Under the Speedy Trial Act and Under Its Inherent Supervisory Power*, in 115 *Michigan Law Rev.* (2016),135 ss.

[171] *U.S.v. Fokker Servs. B.V.,* 79 F. Supp. 3d 160 (D.D.C. 2015).

[172] *U.S. v. Fokker Services B.V*., 818 F.3d 733 (D.C. Cir. 2016), su cui *U.S. v. Fokker Services B.V. – D.C. Circuit Holds that Courts May Not Reject Deferred-Prosecution Agreements Based on Inadequacy of Charging Decisions or Agreement Conditions*, in 130 *Harv. L. Rev*. 1048.

[173] Brief of Court-Appointed Amicus Curiae in Support of Order Below at 26, *Fokker*, 2016 WL 1319266 (No. 15–3016), 2015 WL 4062296 (quoting § 3161(h)(2)). L'esempio portato per dimostrato l'erroneità dell'interpretazione è il seguente: «*Consider the following statement: "I can take the car, with my parents' approval, for purposes of picking up groceries." A person making that statement is not saying that his parents' discretion is solely limited to determining whether his subjective purpose is to pick up groceries. Rather, he means that he is allowed to take the car in order to pick up groceries, as long as his parents also approve. Section 3161(h)(2) is no different: time is excluded if the Government defers prosecution in order to allow a defendant to demonstrate good behavior, as long as the court also approves*».

secondo grado, anche il dato storico-normativo indicherebbe la correttezza di questa seconda impostazione. Nella prima versione del disegno di legge, infatti, la previsione in esame non includeva le parole «*with the approval of the court*»; ma nel rapporto del Senato si legge, a commento dell'emendamento, che il controllo giudiziale doveva essere invece previsto, al fine di evitare che i pubblici ministeri e i difensori aggirassero lo *speedy trial*[174], in funzione di tutela dell'interesse pubblico «*in reducing crimes and prevent recidivisim*» (ossia allo stesso fine per cui il controllo giudiziario è previsto nell'ambito del *plea agreement*).

Ebbene, ammettendo che la *judicial review* possa essere condotta alla stregua del più ampio *standard* di giudizio, l'assenza di una disposizione normativa che attribuisca ai giudici il potere di controllare la corrispondenza dell'accordo all'interesse pubblico prima che i termini dell'accordo siano definitivamente approvati dalle parti (ciò che invece accade, come vedremo a breve, nel modello *inglese*) conduce a ritenere che la cognizione giudiziale sia legittima fintantoché limitata ai contenuti dell'accordo. Di conseguenza, il rigetto di un DPA dovrebbe potersi avere esclusivamente sulla base del fatto che le sue condizioni non rispecchiano l'interesse pubblico – quale risultato del bilanciamento tra interesse pubblico alla repressione ed interesse a questo contrario – che esso professa di perseguire, ma non sulla ritenuta inopportunità di concludere un accordo nel caso di specie. Si dovrebbe, in sostanza, trattare di verificare che l'accordo, il quale di per sé incarna una valutazione di preponderanza dell'interesse pubblico contrario al perseguimento penale, da un lato sia coerente rispetto a tale valutazione, rispettandola fino in fondo, ossia anche nei suoi contenuti[175], dall'altro non manchi di includere disposizioni (segnatamente, quelle che dispongono la riorganizzazione dell'ente per il futuro) in grado di recuperare la funzione general e, soprattutto, special preventiva della condanna e della pena.

1.1.4. Le irritazioni interne all'ordinamento statunitense

Pur all'interno di un ordinamento in cui l'espressione di giudizi di opportunità criminal-politicamente orientati da parte di autorità di *enforcement* è da ritenersi coessenziale[176], gli *agreements* segnano comunque un punto d'irritazione del sistema.

È revocata anzitutto in dubbio la loro legittimità nell'ambito della c.d. *rule of law*, declinata in particolare nel principio di uguaglianza davanti alla legge. La limitatezza dell'ambito di cognizione dei giudici, se da un lato evita potenziali conflitti rispetto al

[174] Senate Report No. 93-1021, at 37 (1974).
[175] Il giudice dovrà allora verificare che esso non preveda condizioni suscettibili di avere un impatto negativo sostanzialmente equivalente a quello della sentenza di condanna.
[176] Per più approfondite considerazioni, v. F. HORWITZ, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Giuffré, Milano, 2010, 156 ss.; cfr. inoltre *infra*, Capitolo III, sez. I.

principio di separazione dei poteri, dall'altro priva il sistema di un importante livello di garanzia da possibili abusi della *prosecutorial discretion*.

A destare perplessità è inoltre il "doppio binario" cui gli *agreements* hanno dato luogo, introducendo una differenza di trattamento tra enti di piccole dimensioni, nella prassi destinati al procedimento ordinario oppure al *plea agreement,* ed enti di grandi dimensioni, ammessi invece alla conclusione di DPAs e dei NPAs[177]. La differenza di trattamento, in linea di principio contraria al principio di uguaglianza tra persone giuridiche derivato dalla *equal protection clause* contenuta nel XIV emendamento[178], appare certamente più odiosa nei suoi riflessi sulle persone fisiche implicate nelle diverse vicende punitive.

Al fine di giustificare questa differenza di trattamento, i *prosecutors* invocano spesso il rischio di non meglio specificate conseguenze disastrose per la collettività, di ordine sociale ed economico. Tuttavia da un lato questa giustificazione tende a rimanere su un piano estremanente generico – sotto l'egida del perseguimento del *public interest*, la decisione non è mai accompagnata da una reale dimostrazione, nei termini di una prognosi (*prodroma*) sui reali effetti dell'azione penale – dall'altro emergono, dietro alla generica finalità di perseguimento dell' "interesse pubblico", più specifici e tangibili obiettivi di regolazione e controllo dell'economia.

Ad offrire corpo a queste critiche sta il fatto che la riorganizzazione per il futuro non è gestita autonomamente dall'ente, ma è condotta sotto il controllo del pubblico ministero, sia *direttamente*, quindi attraverso la sua personale partecipazione alle scelte di riorganizzazione aziendale[179], sia – qualora l'accordo lo preveda – *indirettamente,* per mezzo di quello che dovrebbe essere un soggetto indipendente ma che, nei fatti, assume la veste di un suo ausiliario: il *corporate monitor*[180], introdotto forzatamente nella compagine societaria al fine di guidare la "*structural reform*"[181] dell'ente, riformulare i *compliance programs* (che, con tutta evidenza, da cautele autonormate divengono

---

[177] V. *supra, par. 1.1.2.*

[178] L'opinione deriva dalla sentenza della Corte Suprema *Santa Clara County v. Southern Pacific Railroad Co.* del 1886, dove i giudici, sulla questione se la *equal protection clause* si applicasse anche agli enti risposeroche «[we]*re all of opinion that it does*». Sul tema v. M. J. HORWITZ, *Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory*, 88 *W. VA. L. Rev.* (1985), 177-78; B. L. GARRETT, *The constitutional standing of corporations*, in 16 *Un. Pen. L. Rev.* (2014), 112.

[179] J. ARLEN, *Removing Prosecutors from the Boardroom: Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms*, in A.S. BARKOW – R.E. BARKOW (eds.), *Prosecutors in the Boardroom*, cit., 66 ss.

[180] Il *Momford Memo* (*Memorandum from Craig S. Morford, Acting Deputy Attorney General, Dep't of Justice, on Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non Prosecution Agreements with Corporations, to Heads of Departments Components*, 7 marzo 2008, disponibile in www.justice.gov) descrive l'inserimento di questa figura professionale nell'azienda come la modalità più sicura per ridurre il rischio di recidiva dell'impresa e per proteggere l'integrità del mercato. Con questo *Memorandum,* e dopo le polemiche sollevate dall'inserimento della rinuncia all'*Attorney Client Privilege* tra i fattori da considerarsi favorevolmente per la soluzione negoziale, la disponibilità dell'impresa a nominare un *monitor* esterno divenne uno dei criteri centrali per orientare la decisione sull'esercizio dell'azione penale. Tuttavia le statistiche hanno rilevato che, trattandosi di clausola non obbligatoria, solo nel 25% degli agreements conclusi tra il 2001 e il 2012 è stata prevista la nomina di un *monitor* (65 accordi su 255). Cfr. B.L. GARRET, *Too big to jail, How Prosecutors Compromise with Corporations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, 174).

[181] Cfr. B.L. GARRET, *Structural Reform Prosecution,* 93 *Va. L. Rev.* (2007), 853.

strumenti di controllo eteronormati) e il sistema di controlli interni[182]. Peraltro, pur trattandosi di procedura a carattere negoziale, e pur rimanendo sempre un margine di libertà per l'ente che voglia sottrarsi alla diversione processuale, l'ente risulta nei fatti obbligato, sotto la minaccia del processo penale e della pena (con conseguente revoca delle licenze per operare sul mercato o il divieto della possibilità di contrattare), a concludere l'accordo, alle condizioni imposte dal pubblico ministero[183]. Le critiche allora si appuntano – prima ancora che sulla degenerazione del ruolo del pubblico ministero e sulla degradazione delle garanzie processuali dell'ente[184] – sull'utilizzo della minaccia penale come leva per assicurare l'allungamento della "mano pubblica" sull'economia, utilizzo che porta con sé la trasformazione della pena da strumento di punizione a strumento di regolazione economica[185].

È vero peraltro che, seguendo la spia dell'altissimo tasso di recidiva cui vanno incontro gli enti beneficiati da un *agreement*, gli equilibri di potere sottesi all'accordo potrebbero anche essere visti, all'opposto, come manifestazione dell'assoggettamento della giustizia penale alle esigenze del mercato e al potere economico espresso dai colossi commerciali e finanziari statunitensi, considerati immuni alla minaccia penale in quanto "*too big to jail*"[186], ossia non "sacrificabili" sotto la scure della pena, per l'importanza strategica da essi rivestiti nel sistema.

1.2. Strumenti di pre-trial diversion *nel Regno Unito: fattori favorevoli e contrari all'azione penale nel* DPAs Code *del 2013*

Nel Regno Unito gli *agreements* sono stati introdotti in tempi più recenti, trovando disciplina sia nella *Schedule 17* del *Crime and Court Act* del 2013, sia all'interno del *Deferred Prosecution Agreements Code of Practice* (d'ora in poi, *DPAs Code*), adottato lo stesso anno dal *Director of Public Prosecutions* e dal *Director of the Serious Fraud Office*, sulla base del paragrafo 6(1) della medesima *Schedule* 17.

---

[182] La maggior parte dei *corporate monitors* finora nominati non sono peraltro soggetti dotati di competenze specifiche in materia, bensì ex-procuratori preposti (dai loro ex-colleghi) alla riorganizzazione in senso preventivo dell'azienda; riorganizzazione che implica un'ingerenza nei processi decisionali e nella programmazione delle strategie aziendali oltre che dell'impresa direttamente interessata dalla procedura di *corporate monitoring* anche di tutte le imprese che, operando nello stesso settore, tendono a ripensare le proprie scelte aziendali al fine di diminuire la probabilità di essere a loro volte sottoposte a questo tipo di controllo esterno. Cfr. R.E. BARKOW, *The prosecutor as Regulatory Agency,* cit., p. 177.

[183] Con la conseguenza che le imprese sono determinate a concludere accordi pre-processuali in presenza di elementi probatori di scarsa consistenza e quindi forse anche a condizioni deteriori rispetto a quelle che potrebbero derivare da una sentenza di condanna. Cfr. R.A. RUGGIERO, Non prosecution agreements, cit., 11.

[184] Nella letteratura italiana R.A. RUGGIERO, Non prosecution agreements, cit., *passim* e ID., *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti,* Giappichelli, Torino, 2018.

[185] L. K. GRIFFIN, *Inside-Out Enforcement*, in A.S. Barkow–R.E. Barkow (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, cit., 122.

[186] B.L. GARRETT, *Too big to jail,* cit., *passim.*

Sul modello del *Code of the Crown prosecutors*[187], nel *DPAs Code of Practice* troviamo anzitutto un'indicazione metodologica. L'«*evidential stage*», necessario a formare un ragionevole sospetto di commissione di reati, è seguito da un «*public interest stage*» diretto a verificare che l'interesse pubblico sia soddisfatto dal raggiungimento di un *deferred prosecution agreement*[188] con l'impresa e non passi invece dall'esercizio dell'azione penale.

In particolare, vi si dice, l'interesse pubblico alla procedura emergerà a seguito di un esercizio di bilanciamento (*balancing exercise*) tra i differenti fattori favorevoli e contrari al perseguimento penale[189], totalmente rimesso alla discrezionalità del pubblico ministero; tant'è vero che «*which factors are considered relevant and what weight is given to each are matters for the individual prosecutor*». Rispettando l'aspettativa di trasparenza cui ci ha abituati il modello inglese di normazione dell'esercizio della discrezionalità penale[190], i fattori da prendere in considerazione sono poi elencati.

Nel senso dell'esercizio dell'azione penale, il primo fattore a venire preso in considerazione è la gravità del reato (*seriousness of the offense*), da ricavarsi sia dalla serietà del danno o del pericolo per il pubblico, le vittime, gli *shareholders,* i lavoratori, i creditori, la stabilità dei mercati e del commercio internazionale[191], sia dalla intensità dell'elemento soggettivo[192]. Viene poi in rilievo, tra i fattori "addizionali" *in favour of prosecution*, la capacità a delinquere dell'impresa, desunta dalla sua storia criminale, dalla sua personalità (determinata in base alla presenza di meccanismi preventivi *ante* o *post delictum*) e dalla presenza o meno di un atteggiamento collaborativo (in termini di *self-reporting* e successiva collaborazione processuale) [193].

I medesimi indicatori sono ripresi, questa volta in senso opposto (presenza di un atteggiamento collaborativo, assenza di precedenti dello stesso tipo, presenza di meccanismi di prevenzione *ante* e *post delictum*, interventi di una riorganizzazione aziendale), nell'elenco dei fattori contrari all'esercizio dell'azione penale (*against prosecution*). È qui che trovano spazio considerazioni di tipo consequenzialista. Si chiede infatti al pubblico ministero di valutare, da un lato, se la scelta per il perseguimento penale non comporti conseguenze sproporzionate («*disproportionate consequences*») per lo stesso ente rispetto alla gravità dell'offesa[194], in particolare in considerazione delle sanzioni collaterali che, nell'ordinamento nazionale o all'estero,

---

[187] Il *DPA Code* rappresenta una sorta di appendice del *Code of the Crown Prosecutors* emanato nel 1994 – ma la versione più aggiornata è del 2013 – al fine di disciplinare i criteri di esercizio dell'azione penale da parte del *Crown Prosecution Service* (CPS), alle direzioni del *Director of Public Prosecutions* (DDP), nel rispetto della tradizione giuridica inglese di «non procedere automaticamente contro sia sospettato di aver commesso il reato». Segnala l'interesse per la particolare disciplina di cui si è dotato il sistema inglese al fine di regolamentare la discrezionalità dell'esercizio dell'azione penale G. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale,* Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000, 80 ss.
[188] DPA's Code, sect. 1, § 1.2. (ii).
[189] *Ivi*, sect. 2, § 2.6.
[190] Cfr. sul punto G. FORTI, *L'immane concretezza*, cit., 80.
[191] *Ivi*, § 2.4.
[192] *Ivi*, § 2.5.
[193] *Ivi*, § 2.8.1.
[194] *Ivi*, § 2.8.2., vi.

potrebbero seguire la condanna penale[195], e, dall'altro, se la medesima scelta sia suscettibile di riversare effetti negativi «*on the public, the employees, the shareholders and/or the institutional pension holders*»[196].

Niente esclude peraltro che sia proprio quest'ultimo ordine di preoccupazioni, benché relegate nel testo ad una posizione marginale (il fattore dei *collateral effects* è elencato in ultima posizione), a determinare il risultato del *balancing exercise*, assumendo un peso prevalente su altri fattori (ad esempio, la gravità dell'offesa e l'assenza di collaborazione dell'ente) che farebbero invece propendere per l'esercizio dell'azione penale[197].

Sullo sfondo di queste considerazioni, e dunque ben prima della valutazione dei costi – economici, ma anche sociali ed umani – derivanti dalla condanna penale, si trova anche una valutazione dei costi – qui sì, squisitamente economici – della giustizia penale. Qualora infatti il perseguimento della via penale ordinaria comporti un dispendio di risorse eccessivo rispetto alla probabilità di arrivare all'applicazione di una pena[198], il *Code for Crown Prosecutors,* cui il DPA*s Code* fa espressamente rinvio, suggerisce di abbracciare la soluzione negoziale. Tuttavia, il fattore della convenienza economica della soluzione negoziale non potrà, a differenza degli altri fattori, da solo indicare la via dell'accordo, dovendosi combinare sempre ad altri elementi che indicano la medesima soluzione.

1.2.1. La judicial review *nel sistema inglese*

A norma della *Schedule 17* del *Crime and Courts Act* del 2013, il controllo giudiziale sull'accordo è articolato in due momenti distinti: in sede di *preliminary hearing*, il giudice è chiamato a esprimersi sulla proposta di *DPA*, in una fase antecedente al raggiungimento dell'accordo delle parti, per poi tornare, in sede di *final hearing,* a validarne i termini definitivi. In ciascuna delle due fasi, sempre per espressa previsione legislativa, il giudice dovrà verificare da un lato che il *DPA* sia concluso «*in the interest of justice*», dall'altro che i suoi termini siano «*fair, reasonable and proportionate*». Pare dunque che, a differenza di quanto accade nel sistema americano, il *judicial review* investa, per espressa indicazione legislativa, tanto le condizioni dell'accordo quanto il suo fondamento.

Per ciò che riguarda i termini dell'accordo, il giudice dovrà ragionare secondo canoni di adeguatezza («*fairness, reasonabless, proportionality*») al fine di verificare il rapporto di corrispondenza tra contenuto e scopo. Diversamente, per quanto attiene al

[195]Il testo fa infatti riferimento, alla nota n. 3, al fatto che da una sentenza di condanna per frode finanziaria ai danni dell'Unione Europea, per corruzione, per riciclaggio di denaro derivi, in via automatica, l'esclusione da contratti pubblici nell'ambito dell'Unione Europea.
[196] V. DPA's Code, sect. 2, § 2.8.2 (vii).
[197] *Ivi,* § 2.6.
[198] *Code for Crown Prosecutors,* 4.12 (f), a cui il *DPA's Code* (sect. 2, § 2.8) fa rinvio: «*cost is a relevant factor when making an overall assessment of the public interest (…) especially where it could be regarded as excessive when weighed against any likely penalty*».

fondamento dell'accordo, il *judicial standard* è rappresentato dall'«*interest of justice*». Nonostante la difformità terminologica, che suggerirebbe una differenziazione concettuale tra ciò che il *Crime and Courts Act* definisce «*interest of justice*» e ciò che il *DPA*s *Code for prosecutors* indica invece come «*public interest*», non è dato rinvenire una differenza sensibile tra i due parametri che dovrebbero orientare rispettivamente giudice e pubblico ministero nella valutazione del fondamento dell'accordo. Al contrario, le due locuzioni tendono a confondersi, di modo che la *judicial review* sul fondamento dell'accordo si sostanzia in un rinnovamento del bilanciamento già affettuato dal *prosecutor* tra interessi favorevoli e contrari alla procedura, quale necessario passaggio per la rinuncia (definitiva) alla pretesa punitiva[199].

2. La diffusione su scala globale della soluzione negoziale. In particolare: l'esperienza francese della «*convention judiciaire d'intérêt public*»

I venti della mondializzazione hanno sospinto il modello negoziale ben oltre la sua terra d'origine raggiungendo anche il Canada[200], l'Australia[201], Singapore[202] e, per quanto riguarda il continente europeo, dopo il Regno Unito anche la Francia.

---

[199] È opportuno peraltro segnalare che, a dispetto del dato legislativo, dove i due momenti della *judicial review* appaiono nettamete separati, così come i rispettivi parametri di giudizio, nella prassi i giudici – pur prendendo molto sul serio il loro ruolo di ultimi revisori degli accordi – tendono a riunire i due momenti all'interno di un unico capo motivazionale, dove fondamento e contenuti dell'accordo si rimescolano in uno scrutinio essenzialmente unitario, in base al quale l'accordo è sottoposto ad un generico e generale *test* di meritevolezza.

[200] Cfr. Il governo canadese ha recentemente pubblicato i risultati di una consultazione pubblica in merito agli strumenti di contrasto al crimine d'impresa, tra cui anche i *deferred prosecution agreements*. Cfr. Governement of Canada, *Expanding Canada's Toolkit to Address Corporate Wrongdoing. What we Heard*, February 22, 2018 (reperibile su www.tpsgc-pwgsc.gc.ca), dove si legge che: «*The majority of participants supported having a Canadian DPA regime, as they were of the view that DPAs could be a useful additional tool for prosecutors to use at their discretion in appropriate circumstances to address corporate criminal wrongdoing. They were of the view that DPAs could result in effective, proportionate and dissuasive sanctions, while also meeting other objectives, such as helping to identify corporate and individual criminal liability (for example, by encouraging self-reporting and requiring corporate accused to identify implicated individuals for prosecution purposes); enhancing compliance and improving corporate culture; and reducing the potential negative impact of a conviction on innocent third parties. Some, however, did not think that there is a demonstrable need for DPAs. They and others were concerned that DPAs could be viewed as favouring large companies over small companies and individual offenders*».

[201] Cfr. *Attorney-General's Departement – A Proposed Model for a Deferred Prosecution Agreement Scheme in Australia*, marzo 2017 (reperibile su www.ag.gov.au). Il 6 December 2017 il governo australiano ha presentato in parlamento un disegno di legge che prevede l'introduzione di tale strumento negoziale («*Crimes Legislation Amendment (Combatting Corporate Crime) Bill 2017*); a quel che ci risulta, il disegno di legge è ancora in discussione.

[202] Il parlamento di Singapore, con il *Criminal Justice Reform Act*, nel marzo del 2018 ha introdotto i DPAs. Nel corso dell'audizione parlamentare del 19 marzo, il ministro della giustizia Indranee Rajah a spiegatoche Singapore ha «*a slightly different approach from that of the UK*», non desiderando introdurre *guidelines* per i *prosecutors* al fine di evitare che queste divengano «*a tool for criminals to refer to in manipulating the criminal justice system to escape punishment*». V. E. CHUA, *Deferred prosecution agreements in Singapore?*, 1 *Research Collection School Of Law*, 2018, 1 ss.

L'esperienza francese della «*convention judiciaire d'intérêt public*», quale più recente manifestazione del modello negoziale, merita un'attenzione particolare. I percorsi interpretativi suggeriti dall'istituto di marca francese – in particolare quello che si snoda intorno alla decifrazione del concetto di *intérêt public* che fonda la procedura – ci conducono a vedere con più chiarezza le problematiche sottese alla gestione dell'intervento penalistico in quei particolari contesti in cui la pena, per quanto "meritata" e idonea allo scopo, non appaia anche sostenibile, per le conseguenze sociali ed economiche che comporta.

2.1. La convention judiciaire d'intérêt public*: presentazione*

Con la legge n. 2016-1691 del 9 dicembre 2016 relativa «alla trasparenza, alla lotta contro la corruzione e alla modernizzazione della vita economica», meglio nota come *loi Sapin II,* la Francia mette in atto un importante intervento di riforma in materia di corruzione e si dota, sul modello degli *agreements* anglosassoni, della c.d. *convention judiciaire d'intérêt public* (CJIP). Professando l'intento di «innalzare la Francia al livello dei migliori *standard* internazionali in materia di lotta contro la corruzione e di trasparenza della vita pubblica», la *loi Sapin II* mirava a risolvere un acclarato difetto di efficacia del sistema francese di contrasto alla corruzione, in particolare a carattere transnazionale[203]. La procedura di cui ci occupiamo si colloca a metà strada tra le due direttrici*,* preventiva[204] e repressiva[205], della riforma, e di questa rappresenta un momento centrale. Sullo sfondo del potenziamento dei presidi preventivi anticorruzione, affidato al controllo di una nuova *Agence française anticorruption* (AFA), e dell'eliminazione di alcune barriere processuali all'efficacia extraterritoriale della legge francese (doppia incriminazione e denuncia della vittima o autorizzazione dello stato estero) in materia di corruzione, la CJIP vorrebbe consentire di riportare in patria almeno parte dei profitti versati dalle imprese francesi alle autorità straniere[206]

[203] L'inefficacia del sistema previgente emergeva dal dato comparato dei miseri numeri di condanne pronunciate per fatti di corruzione transnazionale (in realtà nessuna nei confronti di imprese, come denunciato dal *Rapporto del Gruppo di lavoro OCDE* del 2 dicembre 2014 sull'attuazione in Francia della Convenzione sulla corruzione di agenti pubblici stranieri) e dei numerosi accordi conclusi dalle più importanti imprese francesi (tra cui, BNP Paribas Technip, Alcatel-Lucent, Total, Alstom Grid e Alstom Power).

[204] L'art. 17 della *loi Sapin II* introduce l'obbligo per le imprese (o gruppi d'imprese), pubbliche e private, che presentino un organico di almeno 500 dipendenti e un fatturato (o fatturato consolidato) superiore a 100 milioni di euro, di adottare misure dirette a prevenire e rivelare la commissione, in Francia e all'estero, di fatti di corruzione o di traffico d'influenze. L'*Agence française anticorruption*, il cui funzionamento è disciplinato nel *Chapitre I* della legge, è incaricata di controllare l'adozione e corretta esecuzione di queste misure, attivando, in caso di inadempimento, i suoi penetranti poteri sanzionatori (tra cui l'applicazione di una sanzione pecuniaria fino a 200.000 euro per le persone fisiche e un milione di euro per le imprese).

[205] Si segnala in proposito l'introduzione del reato di *trafic d'influence d'agent public étranger* (art. 20).

[206] Le somme pagate dalle imprese francesi alle autorità americane raggiungono cifre colossali. Soltanto ALSTOM nel 2014 ha versato oltre 772 milioni di dollari alle autorità americane per violazioni del *Foreign Corrupt Practice Act* (FCPA). Su questo caso, L. Scollo, *Il caso Alstom: un nuovo* «deal de justice» *in materia di corruzione internazionale*, in *Dir. comm. int.,* 3, 2015, 917 ss.; per altri riferimenti

nell'ambito dei *deals de justice*[207] e, al contempo, ristabilire la legalità all'interno delle imprese. Nell'impossibilità di esaminare in dettaglio gli aspetti più tecnici della procedura[208], cercheremo comunque di presentarne qui tutti i punti essenziali.

La CJIP è disciplinata all'art. 41-1-2 c. proc. pén., il quale ne delimita il campo oggettivo di applicazione a un ristretto novero di reati in materia di corruzione e traffico d'influenze illecite, nonché al riciclaggio di denaro proveniente da frode fiscale. Tuttavia, la previsione che possa essere applicata a tutti i reati connessi (ai sensi dell'art. 203 c. proc. pén., in tutto simile al nostro art. 12 c.p.p.) con quelli elencati dalla legge, con l'unica eccezione della frode fiscale, svela una certa vocazione della procedura ad estendersi al di là di questo ambito originario. Sul piano soggettivo, essa è pensata in via esclusiva per la *personne morale,* con esclusione delle persone fisiche, la cui posizione rimane dunque impregiudicata. La *convention* potrà essere conclusa prima dell'avvio formale dell'azione penale, come anche a seguito di questa, nell'ambito di un'informazione giudiziaria, e dunque su impulso dell'autorità giudiziaria (art. 180-2, c. proc. pén.); in questo secondo caso a condizione che l'impresa «riconosca i fatti e accetti la qualificazione penale ritenuta»[209]. Per il tramite dell'accordo, il pubblico ministero può imporre all'ente due principali adempimenti, quali il versamento di un'*amende d'intérêt public* (proporzionata al profitto tratto dal reato e fino al 30% del volume d'affari medio annuale) e la sottomissione, per un massimo di tre anni, a un *programme de mise en conformité* sotto il controllo dell'AFA*,* sulla falsariga di ciò che la *loi Sapin II* già impone come misura preventiva alle imprese di grandi dimensioni (art. 131-39-2 c. pén.); inoltre, salvo che l'impresa abbia già autonomamente provveduto, l'accordo prevederà anche l'obbligo di procedere alla riparazione dei danni subiti dalle eventuali vittime del reato.

Giacché l'ambito di applicazione della procedura è più ampio rispetto al campo di competenza dell'AFA, la sottoposizione a un *programme de mise en conformité* non

---

v. il *Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine* a cura di K. Berger, depositato il 5 ottobre 2016, reperibile sul sito dell'*Assemblé Nationale* (http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i4082.asp).

[207] Il titolo del libro di A. GARAPON.– P. SERVAN-SCHREIBER, *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée,* P.U.F., Paris, 2013, ha dato origine a un vero e proprio neologismo giuridico.

[208] Nel panorama italiano, per una descrizione del nuovo istituto cfr. C. GHRÉNASSIA–E. SACCHI, *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico* (CJIP): *aspettando la transazione penale,* in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2018. Nella letteratura francese, sia consentito il rinvio a: M. GALLI, *Une justice pénale propre aux personnes morales. Réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public,* in *Rev. sc. crim.,* 2018, 2, 359 ss. Tra i numerosi contributi dedicati al tema, si segnalano inoltre i lavori di E. VERGÈS, *La procédure pénale hybride,* in *Rev. sc. crim.,* 2017, 3, 581 ss.; M.E. BOURSIER, *La mondialisation du droit pénal économique. Le droit pénal au défi de la compliance,* in *Rev. sc. crim.,* 2017, 3, 465 ss.; E. DEZEUZE–M. PELLEGRIN, *Extension du domaine de la transaction pénale: la convention judiciaire d'intérêt public. À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016,* in *JCP*, 16 gennaio 2017, 3, 64; P. BEAUVAIS, *Méthode transactionnelle et justice pénale*, in A. Gaudemet (dir.), *La compliance: un monde nouveau ?*, Paris, 2016, 81 ss.

[209] Su come questo (pur parziale) riconoscimento di responsabilità potrebbe minare la complessiva attrattività della procedura, v. E. DEZEUZE–M. PELLEGRIN, *op. cit.*, 64.

potrà che essere un contenuto solo eventuale dell'accordo[210]. Si avranno invero due tipologie di *convention*: la prima, e principale, per i reati in materia di corruzione e traffico d'influenze illecite, che contemplerà, accanto all'*amende*, anche l'adozione dei programmi; la seconda per il riciclaggio di frode di denaro proveniente da frode fiscale, che invece conterrà soltanto l'*amende*[211].

Non la semplice conclusione dell'accordo, bensì l'effettiva esecuzione del suo contenuto estingue l'azione penale, potendo il pubblico ministero sempre disporre l'interruzione della *convention* quando l'impresa non abbia provveduto, senza giustificazione, all'esecuzione integrale degli obblighi. Il controllo della correttezza e proporzionalità delle condizioni contenute nella proposta di accordo, come anche della fondatezza del ricorso alla procedura e del suo regolare svolgimento, è affidato al presidente del Tribunale, nell'ambito di un'udienza pubblica di validazione alla quale potranno prendere parte le vittime del reato. La conclusione di una *convention* promette notevoli vantaggi per l'impresa. La legge precisa infatti che l'ordinanza di validazione del giudice non comporta alcuna dichiarazione di colpevolezza e che non ha né la natura né gli effetti di un giudizio di condanna. Coerentemente con tale enunciazione di principio, si specifica che l'ordinanza non dovrà essere iscritta alla scheda n° 1 del *casier judiciaire*, consentendo all'impresa di sottrarsi agli effetti legali dell'iscrizione, in particolare l'esclusione dalle gare pubbliche di appalto[212].

2.2. La CJIP come giustizia penale "manageriale" di stampo *neoliberale?*

Al di là delle motivazioni immediatamente politiche che sottendono l'introduzione della nuova procedura, la dottrina francese ha offerto differenti ricostruzioni della sua razionalità giuridica. La lettura dominante tende a collocarla all'interno del generale orientamento in senso *neoliberale* del diritto, quale portato dei processi di mondializzazione giuridica[213]. All'interno di uno Stato che, sulla scorta della

[210] La lettura complessiva dell'art. 22 lascerebbe invece intendere che l'*amende* sia un contenuto necessario dell'accordo (essa è richiamata nelle disposizioni in tema di validazione e di pubblicità dell'accordo, come se fosse un suo elemento imprescindibile); ad ogni modo, il punto non è chiarito dalla legge, limitandosi a dire che la *convention* potrà imporre «*une ou plusieurs des obligations suivantes*».

[211] Nella prima CJIP conclusa da HSBC per riciclaggio di denaro derivante da frode fiscale si procede infatti soltanto a quantificare l'*amende*; manca invece la prestazione della riorganizzazione in senso preventivo dell'ente: CJIP entre le Procureur de la Republique financier près le tribunal de grande instance de Paris et HSBC Private Bank (Suisse), conclusa a Parigi il 30 ottobre 2017 e relativa ordinanza di validazione (Trib. de Grande Instance de Paris, *Procureur de la République financier*/HSBC Private Bank (Suisse), 14 novembre 2017, Prés. J.-M. Hayat), entrambe reperibili sul sito dell'AFA (https://www.economie.gouv.fr/afa).

[212] I delitti contenuti nell'area di applicazione della CJIP fanno parte della lista dei reati che, in presenza di una condanna definitiva, impediscono all'impresa di partecipare alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (cfr. art. 45, ord. n° 2015-899, 23 juillet 2015).

[213] A. GARAPON, *Une justice «très» économique,* in A. GARAPON – P. SERVAN-SCHREIBER, *Deals de Justice,* cit., 117 ss. e A. GARAPON-P. SERVAN-SCHREIBER, *Nouveau modèle global ou extension de la puissance américaine ?, ivi,* 187 ss.; M.-E. BOURSIER, *op. cit.*, 465 ss.

competizione tra ordinamenti giuridici[214], aspira a presentarsi nella sua versione "minima"[215], il diritto in generale, e quindi anche quello penale, sarebbe oggetto di un progetto di conformazione ai paradigmi di regolamentazione del mercato[216]. Questa rappresentazione complessiva si traduce nell'idea, più specifica, di una giustizia penale *manageriale*[217], interamente votata all'imperativo dell'efficienza.

L'efficienza del sistema non è misurata sul "tasso di riduzione dei reati" e, dunque, sulla riduzione della domanda di pena, ma sulla capacità di rispondere alla domanda di pena e di sicurezza – qualunque essa sia – al minor costo e nel minor tempo. L'obiettivo è, dunque, la massimizzazione del "tasso di risposta penale", inteso come rapporto tra numero di fatti effettivamente puniti e fatti punibili[218], dove la punizione assomma l'affermazione di responsabilità penali e l'applicazione di sanzioni, in particolare pecuniarie[219]. Il processo penale non è allora più concepito come un luogo in cui dare sfogo a un conflitto sociale per la sua composizione secondo verità[220] e giustizia, ma come un dispositivo per la gestione del flusso di domanda penale in vista del suo smaltimento, che si vorrebbe più rapido (almeno per gli affari semplici, dove l'ostacolo potrebbe essere dato dal numero eccessivo di procedimenti, e dunque dall'ingolfamento della macchina giudiziaria) e più certo (anche per gli affari complessi, dove si tratterà di superare intrinseche difficoltà di prova per garantire l'efficacia dell'intervento penale)[221]. Il raggiungimento di questi obiettivi non può che passare per la creazione di procedure agevolate, poggiate su regole fisse e riproducibili, rispondenti a esigenze di *standardizzazione* del giudizio; a condizione, naturalmente, che, a fronte di un'offerta di condizioni vantaggiose in cambio della rinuncia agli ordinari livelli di garanzie processuali, si possa contare su un congruo aumento della base dei destinatari/fruitori delle procedure anzidette.

---

[214] Sulla competizione tra sistemi giuridici come causa del processo di ritrazione del diritto e, soprattutto, dei "diritti", v. A. SUPIOT, *L'esprit de Philadelphia. La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris, 2010, 40 ss.

[215] A. GARAPON, *Lo stato minimo,* cit., riprendendo la formula («*minimal state*») di R. NOZICK, *Anarchy, State and Utopia,* New York, 1974.

[216] *Ivi,* in part. 13 ss.

[217] Sulla riconversione in senso manageriale della giustizia penale francese G. GARAPON, *Lo stato minimo,* cit., 31 ss.; J. DANET, *La justice pénale entre rituel et management*, PUR, Rennes, 2010, in part. 109 ss.; V. GAUTRON–J.N. RETIÈRE, *Le traitement pénal aujourd'hui: juger ou gérer* ?, in *Droit et société*, 2014, 3, 579.

[218] Ogni anno, il Ministero della Giustizia pubblica un fascicolo intitolato *Les chiffres de la justice,* di cui il tasso di risposta penale (*taux de reponse pénale* o *TRP*) rappresenta l'indicatore principale.

[219] Nell'ottica *neoliberale* che vorrebbe sostenere questo orientamento in senso efficientista del diritto penale, la pena detentiva è da un lato *inutile* (la sofferenza non produce alcuna *utilità,* perciò il carcere dovrebbe essere giustificato solo dall'esigenza di *neutralizzazione* di particolari classi di soggetti irriducibili, i *nemici* della società), dall'altro *disutile,* in quanto svantaggiosa sul piano del rapporto costo-efficacia. Cfr. A. GARAPON, *Lo stato minimo,* cit., 104 ss.

[220] Sul complesso rapporto tra processo e verità, M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti,* Laterza, Bari, 2009; ID., *La verità nel processo,* in AA. VV., «*Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo,* Jovene, Napoli, 2014, 181 ss.

[221] Si vedano in tema le riflessione di M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento,* cit., in part. 40 ss.

Nella giustizia *manageriale*, tesa a dare dimostrazione di reattività, assistiamo dunque ad una radicale modificazione della concezione del tempo *del* processo penale; ma il rapporto tra il processo penale *e* il tempo continua ad essere concepito in senso piuttosto conservativo. Il rito, pur contratto, è più ancora occasione per ristabilire l'ordine attraverso l'irrogazione di una punizione per fatti commessi nel passato; passato che il giudice si affretta a certificare, imprimendovi il suo sigillo. Le forme di giustizia *negoziale* – dove i protagonisti della vicenda punitiva si accordano su *quid* e *quantum* punire, in tempi più rapidi e a costi inferiori –, e a maggior ragione quelle di giustizia *consensuale*[222] – che, in mancanza dell'elemento dinamico della discussione tra le parti, appaiono ancora più rapide ed efficienti –, designerebbero la forma ottimale di questa nuova giustizia *manageriale*[223]. La *convention judiciaire d'intérêt public* è allora descritta come l'ultimo capitolo di una più ampia vicenda di contrattualizzazione che attraversa la giustizia penale francese da oltre un ventennio, in una prospettiva di complessivo efficientamento del sistema[224].

Questa lettura non convince del tutto. Non vi è dubbio che la CJIP nelle sue due varianti (prima dell'esercizio dell'azione penale e nel corso di un'informazione giudiziaria), debba essere inquadrata tra le procedure a carattere contrattuale, e in particolare, data l'assenza dell'elemento della negoziazione (che pur avrà luogo, in via informale, ma senza assumere valore vincolante)[225], nell'ambito della giustizia consensuale. Non per questo si dovrà però ritenere che la CJIP sia anche rispondente alla logica *manageriale*.

Come in tutte le procedure consensuali, e ancora in linea con la logica *manageriale,* l'accordo sembrerebbe svolgere il ruolo di contrarre, se non annullare, la fase delle indagini e dell'accertamento, riducendo tempi e costi della giustizia. Come anticipato, la giustizia *manageriale* non punta però a essere solo rapida e poco costosa, bensì quanto più possibile *performante,* dove la *performance* è data dal tasso di punizione dei reati[226].

---

[222] Come segnalato dalla migliore dottrina processualistica, i due fenomeni meritano di essere tenuti distinti. Mentre il modello di giustizia *negoziata* (la cui espressione più compiuta è da rintracciarsi nel *plea bargaining* di matrice americana) trova il proprio elemento caratterizzante nella discussione tra le parti, il modello *consensuale* si limita a riconoscere all'autore del reato il potere di prestare o meno il proprio consenso all'accordo, i cui contenuti sono però determinati dal pubblico ministero. Per tutti, v. F. TULKENS, *Giustizia negoziata?,* in M. Chiavario (a cura di), *Procedure penali d'Europa,* II ed., Cedam, Padova, 2001, 621 ss.; F. TULKENS–M. VAN DE KERCHOVE, *La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?*, in AA. VV., *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, 1996, 532-533.

[223] A. GARAPON, *Lo stato minimo,* cit., 46-48; ma si veda anche F. TULKENS, *op. cit.*, 627 ss.

[224] Nella letteratura francese, sul processo di contrattualizzazione della giustizia penale, F. ALT-MAES, *La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité?*, in *Rev. sc. crim.,* 2002, 501 ss.; X. PIN, *La privatisation du procès pénal,* in *Rev. sc. crim.,* 2002, 245 ss. Sulla CJIP come vicenda rappresentativa di questo processo, v. E. DEZEUZE-G. PELLEGRIN, *op. cit.,* 64 ss.; P. BEAUVAIS, *op. cit.*, 81 ss.; E. VERGES, *op. cit.*, 579.

[225] Inoltre, la legge parla di obbligazioni «imposte» all'autore del reato, e non semplicemente «proposte». Anche le osservazioni presentate dalla vittima davanti al giudice non contribuiscono all'individuazione dei contenuti dell'accordo – in particolare, l'*an* e il *quantum* del risarcimento, quale contenuto diretto a sostituire la costituzione di parte civile –, intervenendo ad accordo ormai avvenuto.

[226] H. MATSPOULOU, *Quelques réflexions sur la place de la statistique dans la politique pénale,* in Aa.Vv., *Politique(s) Criminelle(s)*, *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, 2014, 235 ss.

Punire significa, ad un tempo, «dire» e «dare» una pena: riprovare per mezzo di una sentenza di condanna e assegnare una punizione[227]. Ebbene, considerando la singola occasione punitiva, il risultato garantito dalla procedura consensuale sarà sempre inferiore a quello conseguibile in via ordinaria. La giustizia penale deve offrire al soggetto interessato un qualche elemento di convenienza, in grado di controbilanciare la rinuncia alle garanzie processuali[228]. Ci si aspetterà allora un certo grado di scarto rispetto al livello "normale" di risposta penale nel caso singolo. Nel dettaglio, una rinuncia potrà darsi sui due piani del «dire» e del «dare», cui sono connesse specifiche voci di costo. Nel primo caso (rinuncia alla riprovazione penale) i costi sono quasi esclusivamente *simbolici*. Se abbiamo detto che la giustizia *manageriale* non opera in funzione strumentale, ossia per la produzione di sicurezza reale di beni giuridici, essa invece è molto attenta a garantire un livello elevato di sicurezza percepita, e comunque a riaffermare il valore di beni cari all'ordinamento (in particolare di quelli funzionali allo sviluppo delle relazioni economiche). Nel secondo caso (rinuncia alla pena), almeno in uno scenario in cui la sanzione è di tipo pecuniario, i costi saranno anche *economici.*

La giustizia *manageriale,* che comunque valuta i propri risultati sull'arco di tempo prescelto per la valutazione delle sue *performance*, tenderà a recuperare i costi del caso singolo in un'ottica di flusso. Ora, mentre i costi economici possono sempre essere recuperati in quest'ottica[229], per i costi simbolici è necessario distinguere, a seconda che derivino dalla rinuncia a «dire» oppure a «dare» la pena. In un'ottica di flusso, i costi simbolici derivanti dalla rinuncia a «dire» la pena non si ammortizzano, ma si consolidano. Se una procedura esclude il rimprovero penale per un certo comportamento, la moltiplicazione del suo utilizzo conduce allo svuotamento, pressoché totale, del messaggio di tutela. Il risultato, non desiderato, sarà dunque l'incapacità dell'ordinamento di promuovere un certo bene, oppure, in caso di valore già consolidato nella società, la diminuzione del livello di tutela percepita per quel bene. Da questo punto di vista, il sistema penale potrà sostenere un debito simbolico soltanto in corrispondenza di violazioni ritenute marginali, normalmente assistite da livelli più bassi di tutela penale (contravvenzioni, delitti puniti con la pena pecuniaria, sola o congiunta a pena detentiva lieve). Diversamente, il costo simbolico della rinuncia a «dare» la pena – purché la rinuncia non sia totale, e un residuo di sanzione penale sia comunque applicata – può essere recuperato in un'ottica di flusso, orientata non al singolo fatto di reato ma al fenomeno criminale complessivamente considerato: l'aumento di efficacia nella "lotta" al fenomeno assorbe la rinuncia effettuata nel caso singolo.

---

[227] M. DE KERCHOVE, *Quand dire c'est punir: essai sur le jugement pénale, ,* Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005.

[228] Cfr. M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento,* cit., 369-370.

[229] Se il ricorso a una certa procedura impone di rinunciare a una quota *x* della pena applicabile al comportamento *y,* l'aumento delle volte in cui si punisce il comportamento *y* conduce all'aumento del denaro incassato dalla punizione di *y* (senza contare che l'accorciamento dei tempi del processo già di per sé può essere contabilizzato tra i risparmi di spesa).

2.3. Oltre la logica "manageriale"

Ebbene, a noi pare che la nuova procedura presenti, rispetto alla logica *manageriale* appena illustrata, rimarchevoli elementi di discontinuità, rispetto: a) al tipo di *risultato* che si vuole ottenere tramite il processo; b) al rapporto tra *processo penale* e *tempo*; c) al ruolo assegnato al *giudice* penale. Essi iniziano a emergere quando confrontiamo la CJIP con altre procedure consensuali che, in Francia, ne sono al contrario piena espressione: nella famiglia delle alternative al procedimento, la *composition pénale* (art. 41-2, c. pr. pén.) e la *transanction par officier de police judiciaire* (TOPJ, art. 41-1-1, c. pr. pén.), nonché, tra le procedure rapide, la *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* (CRPC, artt. 495-7 ss. c. pr. pén.).

a) *La rinuncia a "dire" la responsabilità penale*

Ciascuna delle procedure appena richiamate promette un'offerta di riduzione della pena: le varie *amendes*, quando non sono definite come una frazione di quella applicabile in via ordinaria, trovano in quest'ultima il tetto massimo, senza che la legge preveda un tetto minimo. La rinuncia sul «dire» segue invece una scala di graduazione orientato sulla gravità dei fatti commessi, e dunque calibrata sul suo impatto simbolico: essa è *totale* (assenza di iscrizione nella scheda n° 1 del *casier judiciaire* e mancanza di equiparazione ad una sentenza di condanna) nella *transaction par officier judiciaire* (TOPJ), procedura applicabile sul presupposto della tenuità dei fatti commessi (contravvenzioni, delitti puniti con la pena dell'ammenda o detentiva fino a un anno, furto di oggetti di scarso valore, consumo di stupefacenti); *parziale* (iscrizione nel *casier judiciaire,* ma assenza di equiparazione a una sentenza di condanna ai fini della recidiva legale) nella *composition pénale,* diretta verso reati caratterizzati da una certa gravità (l'originario limite di tre anni di reclusione è stato portato a cinque, ed oggi si discute se estendere la procedura alla totalità dei delitti[230]); *assente* nella CRPC, dove, a fronte di reati anche gravi – la procedura è oggi applicabile alla quasi totalità dei delitti – l'omologazione del giudice è in tutto equiparata a una sentenza di condanna.

La logica sin qui osservata sembra smarrirsi nella *convention judiciaire d'intérêt public*. Per un verso la pena inflitta, rapportandosi al profitto ricavato dal reato e alla dimensione economica dell'impresa, può raggiungere valori decisamente superiori rispetto a quelli attingibili in via ordinaria, in tal caso contingentati entro il quintuplo del valore della pena pecuniaria prevista per le persone fisiche. Per altro verso, pur interessando delitti economici appartenenti a una fascia di elevata gravità, l'adozione di una CJIP comporta un'abdicazione totale alla dimensione del «dire» la pena, in entrambe le sue ipotesi, sia quando assume la veste di un'alternativa al procedimento,

[230] Cfr. art. 37, III, 1, *Projet de loi de programmation* 2018-2022 *de la justice* presentato il 9 marzo 2018. Lo stesso progetto di legge, nel suo articolo 37, IV, prevede anche l'applicazione della *composition pénale* agli enti *in via generale.*

sia quando si presenta come abbreviazione del procedimento. E questo, pare, non solo per evitare gli effetti inabilitanti che altrimenti deriverebbero in via automatica dall'iscrizione nel casellario giudiziale (esclusione dai mercati pubblici), avendo altrimenti potuto, più banalmente, la legge limitarsi a escludere *quel* tipo di effetti.

b) *Un nuovo rapporto tra processo penale e tempo*

Le procedure consensuali che abbiamo richiamato nascono tutte nell'ambito della giustizia penale delle persone fisiche, per poi essere estese, in alcuni casi dopo anni dalla loro introduzione, *anche* alle persone giuridiche[231]. La CJIP nasce invece come procedura *esclusiva* dell'ente[232]. Questa rottura sul piano soggettivo – particolarmente brusca in un sistema, come quello francese, permeato da un principio di assimilazione tra persone fisiche e giuridiche, anche sul piano dei meccanismi di attribuzione della responsabilità[233] – coincide fatalmente anche con uno scarto temporale. Dicevamo che la logica *manageriale* non altera il rapporto tra processo penale e *tempo*; un rapporto dove il passato è *occasione, oggetto* e *scopo* del rito. Dominata da un'esigenza di smaltimento della domanda di pena, principalmente intesa come risposta a un fatto compiuto, finisce per nevrotizzare quel rapporto tramite la modifica (accelerazione) *del* tempo del processo: le violazioni commesse devono essere oggetto di dichiarazione e punizione nel più rapido tempo possibile, per lasciare spazio ad altro *passato* che invoca una risposta. Nelle procedure consensuali le parti stabiliscono (o meglio, il pubblico ministero decide e l'autore del reato acconsente) quale forma dare a quel *passato*, che poi il giudice cristallizza con la sua decisione. Solo gli effetti di questa decisione – siano essi legali (riconoscimento dello *status* di recidivo o comunque di delinquente qualificato) o sociali – continuano a proiettarsi nel futuro, ma, ancora, come ombra di quel *passato*.

Nella procedura di cui ci occupiamo, invece, pur nella medesima prospettiva di accelerazione del tempo *del* processo, il rapporto tra processo *penale* e *tempo* è stravolto. Il *passato* è l'occasione e il presupposto (in particolare dove l'ente è chiamato a riconoscere i fatti commessi) della CJIP, ma solo *parzialmente* il suo oggetto e non il

---

[231] L'estensione in certi casi è stata contestuale (così per la TOPJ), in altri è intervenuta a distanza di anni (cfr. circ. n° JUS-D-04-30176 C du 2 sept. 2004 che ha chiarito l'applicabilità della CRPC anche agli enti); certe volte è operata in via generale (TOPJ e CRPC), altre in ottica selettiva (così nel caso della *composition pénale*).

[232] Le primissime origini degli accordi (*deferred prosecution* e *non prosecution agreements*) appaiono in verità strettamente legate alla giustizia delle persone fisiche, in particolare a quella *minorile.* Per riferimenti, R.A. RUGGIERO, Non prosecution agreements, cit., 3 ss.

[233] Quest'assimilazione è riconoscibile tanto sul piano dei criteri di attribuzione della responsabilità penale, che in Francia continua a non trovare una definizione autonoma rispetto a quella delle persone fisiche, quanto sul piano delle garanzie sostanziali, fino a raggiungere risultati paradossali, dando origine ad alcune zone franche d'inefficacia e impunità (in particolare, in materia di vicende modificative e di gruppi d'impresa). V. G. GIUDICELLI-DELAGE, *La responsabilité des personnes morales en France,* in D. BREILLAT-A. GIUDICELLI-R.N. SCHÜTZ, *Aspects nouveaux du droit de la responsabilité aux Pays-Bas et en France*, Poitiers, 193; G. GIUDICELLI-DELAGE-S. MANACORDA (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, Paris, 2013, [nelle conclusioni]; J. TRICOT, *Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales*, cit., 19 ss.

suo *fine*. È parzialmente il suo oggetto perché l'accordo, almeno nella sua ipotesi principale, imposta con l'ente un patto sul *futuro* dell'impresa; non è il suo fine perché – anticipando le nostre conclusioni – lo scopo della procedura è proprio di garantire quel futuro, che è anche il futuro della *comunità,* all'interno di un percorso di legalità.

c) *Il ruolo atipico del giudice penale*

Vi è chi individua nel controllo giudiziale un elemento di "classicismo", in piena continuità con le procedure già conosciute nell'ordinamento francese[234]. A noi sembra invece che l'intervento del giudice sia qui concepito in modo affatto innovativo, segnando una rottura anche rispetto alla logica manageriale di cui si è detto sino ad ora. Per motivare questa affermazione serve una premessa. Il progetto di legge presentato al Consiglio di Stato per un parere preventivo nel febbraio 2016 già prevedeva una fase di controllo giudiziale della convention, pur ridotto ai soli aspetti formali, nel quadro di un'udienza pubblica di omologazione. Era dunque riconoscibile l'influenza del modello americano, dove, di fronte al potere discrezionale dei pubblici ministeri, i giudici – nonostante i tentativi di alcuni tribunali di estendere il controllo al merito dell'accordo [235] – continuano a svolgere un ruolo minimale, di mero "sigillo" (*rubber-stamping*). Nella versione definitiva, la legge parla invece di un'udienza pubblica di validazione, all'interno della quale l'impresa e le eventuali vittime sono ascoltate dal giudice (nella persona del Presidente del Tribunale o di altro giudice delegato a tal fine).

Al termine dell'udienza, il giudice decide se validare la proposta di accordo. Pur non potendo direttamente intervenire sui contenuti, egli è investito di un penetrante potere di controllo sostanziale, dovendo verificare il fondamento (bien-fondé) del ricorso alla procedura, la regolarità del suo svolgimento, la rispondenza dell'ammenda ai limiti previsti dalla legge e la proporzionalità delle misure adottate ai profitti ricavati dalle violazioni. Nella sua versione definitiva, allora, la procedura si allontana dal modello americano per avvicinarsi a quello britannico[236], dove il giudice, esprimendosi sia a monte, sia a valle dell'accordo, è chiamato a verificare se quest'ultimo sia adottato nell'interesse della giustizia (*interest of justice*) e se le condizioni imposte siano corrette, ragionevoli e proporzionate[237].

---

[234] Così, E. VERGÈS, *op. cit.,* p. 584.

[235] Cfr. par. 1.1.: la tendenza a rafforzare il controllo dei giudici sugli accordi è dunque tendenza comune a tutti i Paesi. In questo aspetto non si assiste peraltro ad un tipico feneomeno di *americanization*, ma avviene piuttosto il contrario: in questo sono gli Stati Uniti ad uniformarsi al modello europeo. Studiano i tentativi dei giudici americani di ritagliarsi un ruolo sempre più penetrante nell'ambito degli *agreements*, anche A. GARAPON-P. SERVAN-SCHREIBER, *op. cit.*, 134 ss.

[236] Cfr. paragrafi *1.1.* e *1.2.*

[237] Cfr. *Crime and Courts Act 2013, Schedule 17 - Deferred prosecution agreements*. Sulle caratteristiche del sistema di diversione processuale britannico, anche in comparazione con quello americano, FE. MAZZACUVA, Deferred prosecution agreements: *riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana,* in *Ind. pen.*, 2013, 2, 737 ss.; ID., *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del* Code of Conduct *inglese*: *spunti per alcune riflessioni* de jure condendo, in *Ind. pen.,* 2015, 1-2, 179 ss.

L'evoluzione descritta è dovuta all'esito negativo della consultazione. Il Consiglio di Stato, con il parere del 24 marzo 2016[238], aveva attribuito alla nuova procedura attitudini funeste, ritenendo che potesse frustrare la missione della giustizia penale, individuata nel «ripristino della pace pubblica» e nella «prevenzione della recidiva»[239]. Ma, soprattutto, aveva messo l'accento sul principio secondo il quale «una procedura di tipo transattivo non potrebbe essere prevista dalla legge che nei casi in cui gli inconvenienti legati alla sua adozione, tanto per la protezione dei diritti dei soggetti giustiziabili e della vittima, quanto per la salvaguardia degli interessi della società, non risultino sproporzionati rispetto all'interesse che la sua attuazione presenta per una buona amministrazione della giustizia»[240]. Il principio qui enunciato assume una portata generale: l'abbandono della normale via penale deve trovare giustificazione in un valido contro-interesse. Quest'affermazione, calata nella dinamica concreta della procedura, getta luce sul momento della convalida. L'opera del giudice penale, certamente anche garante degli aspetti di regolarità procedurale, serve a rintracciare la presenza di un contro-interesse che, nel caso concreto, fondi la procedura e ne legittimi l'utilizzo. A nostro modo di vedere, come si tenterà di chiarire più avanti, si tratterà – se le parole hanno un senso – di valutare se l'esistenza della procedura è giustificata sulla base di un *interesse pubblico*, in grado di controbilanciare quello al perseguimento penale dei fatti di reato[241].

Il ragionamento del giudice nell'ambito della CJIP appare quindi, nel profondo, diverso rispetto a quello che si realizza all'interno delle altre procedure consensuali; e questo non solo dove la legge prevede una verifica soltanto formale, ma anche nei casi in cui il controllo assume valore sostanziale, come nella *comparution sur reconaissance préalable de culpabilité* (CRPC). In una pronuncia del *Conseil Constitutionnel* del 2004[242] si legge che il giudice chiamato a omologare una CRPC dovrà valutare se gli interessi della società, o la natura dei fatti, la personalità del soggetto, la situazione della vittima, non giustifichino piuttosto l'adozione di una procedura ordinaria, e solo allora rifiutare l'omologazione. Nella CJIP, al contrario, il giudice deve verificare se emergano particolari interessi che giustifichino questo tipo di procedura. Siamo quindi esattamente all'opposto. Sembra qui vigere una presunzione di inopportunità della procedura, da superarsi attraverso l'individuazione, in positivo, di elementi che invece ne suggeriscano l'adozione: il suo *bien-fondé.*

Nel ruolo di validazione del giudice di una CJIP, è allora possibile individuare un altro elemento di allontanamento dalla logica *manageriale*, dove la gestione del flusso dei procedimenti passa (anche) dalla *standardizzazione* della produzione giudiziaria.

---

[238] Conseil d'État, avis consultatif, 24 mars 2016, n° 391262, reperibile sul sito del Consiglio di Stato (http://www.conseil-etat.fr).
[239] *Ivi*, § 13 b).
[240] *Ivi.*
[241] Così anche J.-H. ROBERT-M. SEGONDS, *Convention judiciaire d'interet public. De l'art de l'ombre à l'art du clair-obscur*, in *Lexisnexis*, *Droit Pénal*, 2018, 1, 38.
[242] Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, § 107, in *Rev. Sc. Crim.,* 2004, 725 ss., con nota di C. LAZERGES; *ivi*, 2005, 122, étude di V. BÜCK.

Questa logica, oltre a proteggere l'efficienza del sistema, mira anche alla sua prevedibilità. «Non ci si aspetta più dai giudici che personalizzino le proprie decisioni, ma piuttosto che le omogeneizzino»[243]: l'esito di una procedura transattiva si vuole già scritto, o perché la legge neutralizza il potere del giudice di metterne a rischio gli esiti (prevedendo un controllo solo formale o limitato all'individuazione di interessi contrari alla procedura), o perché tale potere è di fatto irregimentato da una serie di strumenti (*guidelines, best practices, tabelle* e così via) che, disciplinando dall'interno le prassi dei giudici, mirano alla normalizzazione delle decisioni. Una decisione che sia volta a stabilire la validità della CJIP – dove il giudice è chiamato a verificare, in positivo, se la procedura trovi fondamento in un interesse pubblico opposto rispetto alla repressione penale – sembra invece affrancarsi da questo modo programmato e uniforme del decidere.

2.4. Verso una strategia di sostenibilità della giustizia penale

Se quanto osservato ci porta dunque a escludere che una logica di tipo *manageriale* sia sottesa alla CJIP, quale diverso razionale è possibile rintracciare nella procedura? Abbiamo già riconosciuto, in base alle osservazioni del punto a) del precedente paragrafo, la necessità di indagare le ragioni profonde di questa nuova forma di giustizia penale *silenziosa* e, apparentemente, *de*-simbolizzata; e abbiamo anche preso in esame alcuni aspetti, vedi il punto b), che ci stimolano ad esplorare le implicazioni giuridiche dello scarto *temporale* che riconosciamo nella procedura, in connessione con il contesto collettivo per cui essa è pensata in via esclusiva, mentre altri, al punto c), orientano a ricercare le ragioni di questo cambio di paradigma nell'*interesse pubblico* che fonda la procedura e che il giudice è chiamato a verificare. Nel contesto collettivo, la giustizia penale è esposta a sfide di grande momento, che impongono di recuperare, al di là dell'abilità *tattica* di cui dà già ampiamente prova, anche una certa capacità "strategica", orientata alla visione di lungo periodo.

2.4.1. Il controllo sugli effetti della censura penale: de-simbolizzazione o trasfigurazione del simbolismo penale?

Proviamo allora a rintracciare il razionale dalla procedura, partendo dalla rinuncia a «dire» la responsabilità dell'impresa, quale suo punto qualificante. Questa rinuncia, oltre a improntare la disciplina sugli effetti della decisione del giudice, sembra anche guidare alcune scelte terminologiche. Dopo aver genericamente parlato di una persona giuridica «*mise en cause*» per un delitto, quando disciplina l'*amende d'intérêt public*, la legge tende a preferire al termine «*infraction*» quello di «*manquement*»[244], più specifico

[243] A. GARAPON, *Lo stato minimo,* cit., 46.

[244] Cfr. art. 41-1-2 c. proc. pén., al. I, n. 1. Non può tuttavia essere sottaciuto che, a dispetto della neutralità del testo legislativo, dove l'*amende* sembrerebbe assumere valenza essenzialmente restitutoria, i pubblici ministeri suddividono il relativo calcolo in due poste: la restituzione dei profitti e una *pénalité*

dell'ambito civilistico e comunque connotato in termini puramente oggettivi. Il dettaglio non è sfuggito alla dottrina[245], che riconduce tale scelta lessicale alla precisa volontà del legislatore di spogliare l'*amende* di ogni significato stigmatizzante. La protezione del *silenzio* sulla responsabilità dell'impresa invero affiora anche nell'ambito delle procedure emersione dei reati: la gerarchizzazione, e complessificazione, delle procedure di *whistleblowing* operata dalla *loi Sapin II*[246], ha di fatto trasformato i c.d. *lanceurs d'alerte* in veri e propri «guardiani del silenzio»[247], la cui funzione è disciplinata affinché la notizia di reato arrivi direttamente alle orecchie delle autorità pubbliche, ma non a quelle del mercato.

L'interesse dell'impresa a questo tipo di trattamento è presto individuato. Il danno reputazionale legato all'emersione di comportamenti criminali può avere un impatto molto significativo sull'andamento dell'attività d'impresa[248]. Le sanzioni irrogate dal mercato, sotto forma di disinvestimenti, boicottaggi, chiusura di rapporti commerciali e così via, rientrano tra i più temibili effetti collaterali dell'attivazione di un procedimento penale, nei loro esiti paragonabili all'interdizione legale dai mercati pubblici. Benché prevedibili, la loro portata e durata non è mai del tutto calcolabile, cosicché proprio laddove raggiunge il massimo della sua capacità di stigmatizzazione, in termini di danneggiamento dell'immagine del soggetto, la giustizia penale è sottoposta al rischio di perderne il controllo. Questa intuizione deve però essere verificata alla luce della disciplina sulla pubblicità dell'accordo. Una contraddizione sembrerebbe emergere. L'articolo 41-1-2 c. proc. pén. sottopone la buona riuscita della procedura a un'ampia pubblicità, prevedendo che la *convention* sia oggetto di un comunicato stampa del procuratore della Repubblica e che, unitamente alla relativa ordinanza, sia pubblicata sul sito dell'AFA.

Ma, ampliando la prospettiva di osservazione, potrebbe trattarsi di contraddizione soltanto apparente: il silenzio garantito dai dispositivi di ricezione delle denunce e dalla disciplina sugli effetti della procedura è teso a travolgere la componente di riprovazione *morale*, e a contenere l'autonoma reazione, si potrebbe dire *punitiva*, del mercato, ma non è anche un silenzio sulla procedura, in quanto l'accordo, laddove preveda l'adozione dei *programmes*, contiene un messaggio di emenda e riconversione etica,

---

complementaire, dove vanno a confluire considerazioni più generali sul comportamento dell'ente (gravità dei fatti, storia criminale, assenza di collaborazione processuale), acquistando così anche una valenza punitiva. V. ad es. Trib.de Grande Instance de Paris, *Procureur de la République financier/*HSBC Private Bank (Suisse), cit.

[245] E. VERGÉS, *op. cit.*, 584.

[246] La disciplina sui *lanceurs d'alerte* è contenuta all'art. 8 della *loi Sapin II*. Se da un lato essa promuove la segnalazione creando uno stato di protezione degli informatori (tra cui rientra la previsione di un reato di ostacolo alla riservatezza), dall'altro impone diverse limitazioni che tendono a proteggere l'azienda da una possibile fuga di notizie. L'informatore è tenuto a dare avviso al superiore gerarchico, potendo ricorrere all'allarme pubblico soltanto in caso di «pericolo grave e imminente», potendo rivolgersi direttamente alle autorità amministrative o giudiziarie solo in assenza di una reazione da parte del superiore.

[247] L'espressione è di L. BENAICHE-L. ROMANET, *Les lanceurs d'alerte, auxiliaires de justice, ou gardiens du silence? L'alerte éthique en droit français*, Paris, 2014.

[248] Anche se ormai risalente, illuminante sul tema è l'indagine di C. R. ALEXANDER, *On the Nature of the Reputational Penalty for Corporate Crime*, cit., 489 ss.

offrendo al mercato un'immagine nuova e volendo più virtuosa dell'impresa. Inoltre, nonostante la variabile vincolatività del principio di *ne bis in idem* internazionale[249] – la cui applicabilità agli enti *in primis*, e a questo tipo di accordi *in secundis*, rimane peraltro da verificare – la notizia della procedura potrebbe scoraggiare l'apertura di un procedimento che rischia di concludersi con un nulla di fatto, o comunque attivare meccanismi di coordinamento tra le autorità procedenti[250].

E la contraddizione si ricompone poi definitivamente quando assumiamo il punto di vista della giustizia penale. Se il regime di pubblicità consente di affermare la capacità del pubblico potere di esercitare un controllo sull'attività delle imprese, conformandone l'attività, e comunque di recuperare i profitti illeciti, l'abbandono della componente di stigmatizzazione è funzionale al mantenimento del primato sull'esercizio di questo controllo. L'obiettivo sembra essere, in definitiva, il contenimento dell'autonomo potere sanzionatorio del mercato[251]; potere che, almeno nella materia della responsabilità degli enti, concorre con quello statale, mettendo in crisi la capacità della giustizia penale di modulare la reazione al reato in base all'effettivo bisogno di pena, alla sua proporzione e, soprattutto, come spiegheremo meglio a breve, alla sua sostenibilità.

Questa rinuncia allo stigma genera importanti interrogativi circa la collocazione della procedura nell'ambito della giustizia penale – potendone aprire altri, volendo, in merito all'essenza stessa del diritto penale[252] – e se non fosse per alcune sue caratteristiche formali (commissione di un reato come presupposto della procedura, processo penale come luogo del suo svolgimento, competenza del giudice penale) che ci dissuadono dal farlo, potremmo perfino dubitare che ancora di giustizia *penale* si tratti. Non pare però che, caduto lo stigma – nelle sue due dimensioni del «dire» e del «dare» la pena – cada con esso anche il simbolo, inteso ad un tempo come capacità di veicolare determinati messaggi di carattere valoriale, confermare la validità della norma e ristabilire la fiducia istituzionale nell'ordinamento[253]. Si potrebbe affermare che tra lo stigma e il vuoto

[249] E questo sia all'interno dell'Unione Europea, sia al di fuori. Sul tema la letteratura è assai vasta. Fra i molti contributi: N. GALANTINI, *Il principio del "ne bis in idem internazionale" nel processo penale*, Giuffré, Milano, 1984; L. LUPÀRIA, *Litispendenza internazionale e principio del "ne bis in idem",* Giuffré, Milano, 2008; C. AMALFITANO*, Dal* ne bis in idem *internazionale al* ne bis in idem *europeo,* in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2002, 293 ss. Sugli sviluppi più recenti del principio, in particolare nel contesto europeo: N. RECCHIA, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale,* in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.,* 2015, 3, 71 ss.; B. NASCIMBENE, Ne bis in idem, *diritto internazionale e diritto europeo*, in *Dir. pen. cont.,* 2 maggio 2018.

[250] Questo tipo di collaborazione, tra il *Parquet National Financier* (PNF) e il *Department of Justice* (DOJ) americano, si riscontra nell'ambito della *convention* conclusa dal PNF con Société Générale SA (v. CJIP *entre le Procureur de la Republique financier près le tribunal de grande instance de Paris et Societé Generale SA*, conclusa a Parigi il 24 maggio 2018, reperibile sul sito dell'AFA (https://www.economie.gouv.fr/afa), con conseguente spartizione tra le due Autorità delle somme richieste a titolo di *amende.*

[251] In tema A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres,* cit., 262.

[252] Sulla componente stigmatizzante come irriducibile essenza della sanzione penale, v. P. NUVOLONE, *Pena* (*dir. pen.),* in *Enc. Dir.,* vol. XXXII, Milano, 1982, 788; C.E. PALIERO–A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffré, Milano, 1989, 22-23.

[253] Classicamente il simbolismo penale, nella sua versione *fisiologica*, e dunque all'interno della teoria della prevenzione generale positiva, coincide con la funzione dichiarativa della reazione penale, capace di innescare un circolo virtuoso tra imperativi giuridico-penali e coscienza sociale (ad. es. C. PEDRAZZI,

simbolico c'è la *compliance*, che converte il meccanismo di esemplarità negativa (l'insegnamento sulla testa del reo), in uno di esemplarità positiva: pur servendosi ancora del soggetto come mezzo (simbolo) al fine di comunicare il proprio messaggio, non getta più un'ombra sul suo futuro per il reato commesso nel passato, ma proietta una luce sul suo avvenire. E perché quel messaggio non vada disperso in un seguito di mancate attuazioni, lo Stato, così come si fa garante dell'esecuzione della pena, così anche garantisce, per gli anni a seguire, l'esecuzione della *compliance*, attraverso l'attivazione di un poderoso meccanismo di collaborazione tra imprese, giustizia penale e amministrazione.

2.4.2. Dalla pena per il "passato" al controllo del "futuro"

Inizia allora a delinearsi una nuova razionalità interna alla procedura. Essa è espressione di una nuova giustizia penale, dove la punizione per il passato cede il passo da un lato alla reintegrazione di quel passato, dall'altro alla prevenzione per il futuro: i *programmes de mise en conformité* assumono infatti questa doppia veste di ricostituzione dei valori violati e di tutela per l'avvenire. Su questo passaggio dal passato al futuro occorre però fare chiarezza. Esso non si lascia descrivere anche come passaggio da un modello di *colpevolezza ex ante* ad uno di *responsabilità ex post*, e tantomeno di *colpevolezza ex post,* secondo lo schema della *reactive fault*[254] (il quale pure valorizza una prospettiva *future-oriented,* ma attraverso la creazione di una sorta di illecito dell'ente per la mancata reazione al reato).

Né il passaggio sul futuro è motivato, come invece lo è nella riflessione nostrana, dal fallimento del primo modello (in particolare dai *bias* che incontra la dimostrazione dell'*idoneità* del modello[255]): in Francia, come noto, non c'è alcuna *colpevolezza* dell'ente. Questo è semplicemente punito per il passato, ma non anche pienamente responsabilizzato: ai sensi dell'art. 121-2 c. pén., del reato commesso dall'organo o rappresentante *pour compte* dell'ente risponde anche (in aggiunta o sostituzione, secondo lo schema del cumulo eventuale) quest'ultimo. In assenza di meccanismi d'imputazione *propri* del soggetto collettivo, il sistema francese continua a rispecchiare

---

Diritto penale (1990), vol. I, *Scritti di parte generale,* Milano, 2003, in part. 157). Non è estranea dunque a questa dimensione simbolico-espressiva, anche un'attitudine general-preventiva, in sinergia con quella più propriamente strumentale (J. L. DÌEZ RIPOLLÈS, *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, trad. it. di A. Menghini, in L. Stortoni–L.Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo*, cit., 156. Tuttavia, quando le funzioni simboliche perseguite con legge penale diventano indipendenti dalla reale natura dei conflitti e dei problemi in relazione ai quali i simboli vengono prodotti, la funzione simbolica guadagna spazio a detrimento della funzione strumentale, e inizia a manifestarsi il volto *patologico* del simbolismo penale (ad es. A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1989, 47).

[254] Sulla categoria della *reactive fault,* v. *supra.*

[255] Tra i molti contributi sul tema, segnaliamo S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive,* cit., 49 ss., e M. COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231. Tra difficoltà operative e possibili correttivi,* cit., 66 ss.

un modello *derivato* di responsabilità. Infatti, mentre lo sforzo della giurisprudenza di recuperare un legame almeno di tipo materiale tra ente e reato ha raggiunto risultati consolidati[256], il sistema continua a rivelarsi scarsamente permeabile all'introduzione di un collegamento sul piano soggettivo[257].

La *loi Sapin II* introduce la *compliance,* ma persevera in questo sistema. Tra le diverse funzioni assegnate ai *programmes de mise en conformité* non si riesce a rintracciare un ruolo *fondativo* della responsabilità penale. L'obbligo di adozione di questi programmi sancito all'art. 17 per le imprese che superino certe soglie dimensionali è sanzionato, in caso d'inadempimento, in via amministrativa; esso dunque rimane confinato ad una funzione a carattere *preventivo-prescrittivo*. All'art. 18 emerge invece un utilizzo *inedito* della *compliance,* in senso *punitivo*: esso introduce, all'art. 139-2 c. pén., una nuova pena complementare, che consiste nella sottoposizione dell'impresa a un programma anticorruzione, per una durata massima di cinque anni. L'AFA dovrà rendere conto al pubblico ministero della corretta attuazione del programma, potendo la scarsa o assente collaborazione dell'ente alla propria riorganizzazione costituire reato (di fatto, un reato di mancata collaborazione nel trattamento punitivo)[258]. All'interno della CJIP, poi, i programmi rivestono un ruolo molteplice: procedurale, preventivo, volendo riparativo, ma non certo *fondativo* o, specularmente, *esonerativo* della responsabilità dell'ente. In particolare, per quanto riguarda l'adozione *ex ante* dei programmi, essa potrà al più rilevare quale elemento di attenuazione dell'*amende*, come peraltro prevedeva il progetto preliminare e come continuerebbero a imporre le esigenze d'individualizzazione della pena[259]. In assenza di un'espressa previsione di legge, la valorizzazione dell'adozione di presidi preventivi (peraltro obbligatori nei casi previsti dall'art. 17) in senso de-*responsabilizzante* è

---

[256] Pur non tratteggiando la legge alcun collegamento materiale in termini di interesse/vantaggio/profitto/beneficio, la giurisprudenza da tempo, riconoscendo la scarsa portata euristica del criterio formale della "spendita del nome" dell'ente tende tuttavia a richiedere un legame di tipo *oggettivo* tra ente e reato (questo sin da *Cour de Cassation, Crim.*, 7 juillet 1998, n° 97-81273*,* in *Rev. Sc. Crim.,* 1999, 336 ss., con nota di G. GIUDICELLI-DELAGE).

[257] L'idea di una «*faute diffuse*» dell'ente, o di una «*culture de l'entreprise*» criminale, rispecchiano il tentativo di rendere autonoma la responsabilità dell'ente da quella delle persone fisiche, ma non anche di (ri)fondarla su presupposti propri. Solo in modo episodico un autentico modello di responsabilità per colpa dell'ente è affiorato nella giurisprudenza, e comunque in senso punitivo e mai liberatorio. V. in part. il "caso *Erika*" (*Cour de Cassation, Crim*., 25 janv. 2012, n° 10-88.511)*,* dove la *holding* Total SA è stata ritenuta responsabile per gli atti commessi nell'ambito della società figlia, sulla base del mancato adempimento degli obblighi di controllo e vigilanza dal essa volontariamente assunti. Sulla vicenda, J. TRICOT, *Corporate liability and compliance programs in France,* in S. Manacorda–F. Centonze–G. Forti (a cura di), *Preventing Corporate Corruption. The antibribery compliance model*, Springer, Heidelberg, 2014, 486.

[258] Per un commento su questa caratterizzazione in senso punitivo della *compliance* v. F. BREEN, *La peine de mise en conformité dans le Projet de loi Sapin II: l'habit est beau, mais il a été mis à l'envers*, in *JCP*, 23 giugno 2016.

[259] Il progetto di legge prevedeva che l'adozione di strumenti di prevenzione fosse presa in considerazione nella fase di determinazione della pena; il *Conseil d'État* (Conseil d'État, avis consultatif, cit., § 14) ha però bocciato la previsione, considerando che l'esame di tali elementi già rientrasse «nella missione del giudice penale, nel contesto del requisito dell'individualizzazione della pena».

rimessa all'opera della giurisprudenza[260]. L'adozione *ex post* dei programmi, ossia nel contesto dell'accordo, non incide sulla responsabilità dell'ente, non impostando la legge alcun meccanismo di tipo *premiale* in relazione a un'eventuale adozione spontanea dei programmi, come invece accade nei meccanismi previsti agli artt. 12 e 17 d.lgs. 231/2001[261]. I *programmes* non sono dunque adottati dall'impresa sulla base di una controspinta (ad esempio, la promessa di una riduzione dell'*amende*) indotta dalla legge, che va nel senso della riparazione dell'offesa, bensì secondo un meccanismo, se vogliamo, *coercitivo.* Se assumono una qualche valenza *riparativa*, ci pare che questa possa riguardare il solo piano ideale e simbolico, operando essi sul piano formale come *condizione* della procedura, e avendo sul piano *sostanziale* una valenza squisitamente *preventiva*.

Nel cambio di paradigma ravvisato, con una responsabilità per il passato che non c'è più, sostituita da un impegno per il futuro assicurato da un percorso di *monitoraggio* sotto un'agenzia pubblica, la presenza dei *programmes* ci sembra dunque un elemento essenziale. Per questa ragione riteniamo che essi dovrebbero rappresentare un contenuto necessario, non soltanto eventuale, dell'accordo, e che un'estensione delle competenze dell'AFA sarebbe perciò auspicabile. Tuttavia, per quanto essenziale, l'adozione dei programmi, in sé, non basta a fondare la procedura. A fondarla è l'*intérêt public.*

2.5. L'interesse pubblico come fondamento della CJIP

La legge suggerisce che la procedura è messa al servizio dell'interesse pubblico e attribuisce al giudice penale di verificare che ciò effettivamente accada. Benché la questione definitoria fosse stata sollevata nel corso dei lavori parlamentari[262], il concetto d'interesse pubblico che qualifica la procedura è soltanto evocato e mai precisato dalla legge. In assenza di una definizione legislativa che sia capace di orientarne l'attività interpretativa, i giudici francesi si limitano ad ignorare il punto. Dalla prima ordinanza di validazione dell'accordo concluso con HSBC *Private Bank Suisse SA,* tutte le ordinanze sinora intervenute[263] liquidano l'accertamento sul *bien-fondé* della procedura

[260] Segnaliamo però che nelle occasione in cui avrebbe potuto farlo, non lo ha fatto. Ad es., in Trib. de Grande Instance de Paris, *Procureur de la République financier/*HSBC Private Bank (Suisse), cit., l'adozione di misure preventive non ha influenzato l'ammontare dell'ammenda.

[261] 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*, cit., 590-591.

[262] V. *Rapport de M. Sébastien Dénaja, Fait au nom de la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale*, *n° 3785-3786*, du 26 mai 2016,159, dove si diceva che il giudice avrebbe potuto rifiutare la convalida dell'accordo in relazione alla natura dei fatti, alla situazione della vittima o gli interessi della società. I tre criteri non sono però menzionati nel testo della legge. Nella relazione della commissione legislativa del Senato (cfr. *Relation* n. 712, 2015-2016, a cura di François Pillet, 22 giugno 2016, 90), è stato pertanto sollevato il problema di meglio caratterizzare il compito del giudice responsabile della convalida della convenzione, il quale «dovrebbe verificare che la procedura prescelta sia la più conforme all'interesse pubblico, rispetto alla normale via penale».

[263] Trib. de Grande Instance de Paris, *Procureur de la République financier/*HSBC Private Bank (Suisse), cit.; Trib. de Grande Instance de Nanterre, *Procureur de la République/Sas Kaefer Wanner,* 23 febbraio 2018, Vice-prés. A.-M. Morice; Trib. de Grande Instance de Nanterre, *Procureur de la République/Sas Set Environnement,* 23 febbraio 2018, Vice-prés. A.-M. Morice; Trib, de Grande Instance de Paris,

con una formula di stile: «sembra che la *convention judiciaire d'interet public* sia pienamente giustificata nel suo principio e nel suo ammontare. Conviene dunque validarla». Non una parola di più. Di fronte a questo generale smarrimento, pare che la nozione vada in qualche maniera ricostruita.

2.5.1. "Intérêt public" *ed enti d'interesse pubblico*

Si aprono per l'interprete diversi percorsi d'indagine. Il primo conduce a verificare se la nozione possa essere ripresa da ambiti normativi limitrofi. Non certo però dall'ambito del diritto amministrativo, dove intendiamo che il concetto d'*intérêt public,* declinato al singolare, è un concetto del pari totalmente vuoto; solamente i diversi interessi pubblici, individuati in via legislativa, assumono valenza operativa, per prendere parte – accanto ad altri interessi pubblici o privati con essi confliggenti – ai giudizi di bilanciamento dell'autorità amministrativa, finalizzati al perseguimento dell'*intérêt géneral,* definito come il risultato di questo bilanciamento[264]. Sappiamo allora già che un'incursione nel diritto amministrativo francese non potrebbe comunque aiutarci a comprendere quali interessi vadano messi sul piatto della bilancia, quando sull'altro si ha l'interesse – parimenti generale e pubblico – alla repressione dei reati.

Neppure la nozione di «*entité d'intérêt public*»*,* come definita in via legislativa, sembra offrire una valida soluzione al problema. Nella normativa europea, l'attribuzione di tale qualifica passa attraverso l'individuazione di speciali categorie di enti che svolgono attività di rilevanza pubblica, oppure, in via residuale e per mezzo di una norma di chiusura, è concesso ai singoli Stati estendere la nozione ad altri enti che per la natura dell'attività svolta, dimensioni o numero di dipendenti assumano rilevanza pubblica[265]. Così è fatto, ad esempio, all'interno della normativa francese sulla revisione legale dei conti delle imprese d'interesse pubblico, dove si procede a specificare e integrare le tipologie di enti appartenenti alla categoria[266]. Nessuna soglia dimensionale o limitazione categoriale è tuttavia prevista per la procedura di cui ci occupiamo, che dunque rimane (potenzialmente) applicabile a tutte le categorie di imprese, senza quindi che il giudice possa introdurla in via analogica, con effetti peraltro *in malam partem*.

Quanto detto non esclude, tuttavia, l'opportunità di prendere in considerazione la *ratio* sottesa alla differenziazione del trattamento riservato agli enti d'interesse

---

*Procureur de la République financier/*de Societé Générale SA, 4 giugno 2018, Prés. J.-M. Hayat. Le ordinanze sono pubblicate sul sito dell'AFA già indicato.

[264] Cfr. M. DEGUERGUE, *Intérêt général et intérêt public: tentative de distinction,* in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, 2015, 138-140; G. VEDEL-P. DELVOLVÉ, *Droit administratif*, 11ème édition, Paris, 1990, 515 ss.

[265] Cfr. art. 2, n. 1, lett. d), *Direttiva* 2013/34/UE, «relativa ai bilanci d'esercizio, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di talune tipologie di imprese, recante modifica della direttiva 2006/43/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e abrogazione delle direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE del Consiglio».

[266] Cfr. art. 2, ordonnance n° 2016-315 du 17 mars 2016 *relative au commissariat aux comptes*, che attua la Direttiva 2006/43/UE, in conformità al regolamento 537/2014 sui requisiti specifici relativi alla revisione legale dei conti di enti di interesse pubblico.

pubblico. E in effetti sappiamo per certo che il criterio dell' *intérêt public,* oltre a offrire un fondamento alla procedura, e quindi a giustificare il passaggio da una giustizia penale del passato a una giustizia penale del futuro, deve anche offrire una legittimazione alla differenziazione di cui parliamo, in quanto introduce un'evidente disparità di trattamento tra enti e persone fisiche e, soprattutto, tra diverse categorie di enti. Se è vero che l'interesse pubblico non è elemento qualificativo dei soggetti, ma della *convention*, la rilevanza pubblica degli enti che accedono alla procedura potrebbe riflettere l'interesse pubblico alla procedura stessa.

2.5.2. Interesse alla procedura e interesse "competitivo" della giustizia francese

Pare il caso di approfondire se il parere del Consiglio di Stato, già rivelatosi prezioso, può aiutarci a reperire altre indicazioni. Nella prospettiva dell'alto consesso amministrativo, in veste di consigliere del legislatore, l'interesse alla procedura è inteso in un'ottica di competitività della giustizia francese, rispetto ad altri ordinamenti, nel campo della lotta alla corruzione transnazionale[267].

Quest'indicazione, che nasce come direttiva di politica criminale, non riesce però a tradursi in una valida indicazione per il giudice, poiché lascia tutti gli elementi del giudizio piuttosto indeterminati: per ciò che riguarda il *momento*, non è dato sapere se il vantaggio competitivo debba essere attuale o possa essere anche futuro; in termini di *grado,* non si conosce il *quantum* di vantaggio competitivo richiesto perché la procedura sia da considerare consigliabile; guardando alla *base,* non è chiaro se la competitività debba essa valutata in termini di efficacia nella lotta al fenomeno corruttivo o piuttosto in termini di attrattività per le imprese, né quali dati il giudice debba acquisire, ad esempio se quelli che esprimono il denaro incassato dal Tesoro pubblico oppure il numero di procedimenti conclusi; ignota la *base*, rimane incerto anche il *metro*, non essendo dato sapere a quale patrimonio nomologico il giudice debba attingere.

Inoltre, se anche i diversi elementi del giudizio fossero determinati, il giudice non potrebbe mai disporre di dati sufficienti per l'accertamento. E infatti egli avrà – dovrà avere – sempre davanti ai propri occhi la singola procedura, ma gli effetti della singola procedura non potranno mai integrare un dato sufficiente, da solo, a valutare la *competitività* dell'intero sistema. In definitiva, le indicazioni del *Conseil d'État* ci sembrano prive di qualsiasi valore euristico per il giudice. L'*interesse pubblico* dovrebbe essere qualcosa che il giudice sia in grado in qualche modo di accertare, ancorché, come vedremo, su base squisitamente *prognostica*.

2.5.3. I fattori d'interesse pubblico negli agreements *anglosassoni*

[267] Il Conseil d'État, avis consultatif, cit., § 13 d): « (…) ha ritenuto che, in considerazione delle procedure e delle pratiche esistenti in diversi Stati per il trattamento di atti di corruzione transnazionale, l'istituzione di tale procedura in questo campo sia concepibile (…). In questo particolare contesto, i vantaggi derivanti dall'attuazione di questa procedura appaiono al Conseil d'État superiori agli svantaggi sopra menzionati»; dove gli svantaggi sono quelli indicati al § 13 b). V. anche M.-E. BOURSIER, *op. cit.*, 477.

L'unica strada che promette il raggiungimento di una soluzione utile si dipana all'interno dell'analisi comparata. Qui scopriamo che l'*intérêt public* non è altro che l'omologo del concetto di «*public interest*» richiamato nelle *guidances* anglosassoni per orientare i pubblici ministeri prima e i giudici poi nella conclusione di un accordo. Le difficoltà che incontriamo nella traduzione di questo concetto nel sistema francese non derivano tanto, come spesso accade, da un difetto di resa linguistica, quanto, diremmo, da un'incompleta trasposizione normativa. In una complessiva dinamica di convergenza tra ordinamenti appartenenti a tradizioni giuridiche differenti, il concetto di interesse pubblico rappresenta un curioso punto d'inversione: mentre in Francia la sua definizione è demandata all'opera dell'interprete, nei paesi anglosassoni è contenuta in testi dotati di validità generale.

Richiamandoci a quanto esposto nei paragrafi precedenti, l'interesse pubblico che fonda la procedura non potrà che emergere a seguito di un esercizio di bilanciamento tra i differenti fattori favorevoli e contrari alla procedura[268]. In senso favorevole all'approvazione dell'accordo dovrebbero allora entrare in gioco sia elementi che attengono alla *meritevolezza* e al *bisogno* di pena dell'ente, secondo un principio del minimo mezzo interamente riferito al diretto destinatario della risposta punitiva, sia elementi che prendono a riferimento la collettività attinta dalla vicenda punitiva, in particolare al fine di valutare la *sostenibilità* sociale ed economica della pena, nonché la *convenienza* economica della via negoziale. I primi appaiono, al giudice francese[269] – come del resto a quello italiano – decisamente familiari. Riprendendo la dizione del nostro art. 133 c.p. sono i fattori che il giudice penale valuta normalmente «*agli* effetti della pena» ed includono da un lato la *gravità del reato* dall'altro la *capacità a delinquere* dell'impresa[270]. Dobbiamo tuttavia rilevare che in Francia il posto di questi fattori continua a rimanere quello dell'individualizzazione della pena: senza mai essere collegati alla scelta sulla procedura, essi hanno sempre operato come elementi attenuanti ed aggravanti dell'ammenda[271].

Benché le *conventions* concluse in questi mesi non contengano una motivazione espressa in questo senso, la decisione che dovrebbe individuare il *bien-fondé* dell'accordo (o il suo *principe*, secondo la formuletta invalsa nella prassi) pare poggiare interamente sul secondo ordine di fattori. È infatti vero che tutti i casi di applicazione di una CJIP hanno riguardato imprese (*HSBC Bank Private Suisse*, *Societé Génerale SA*, *SAS Kaefer Wanner*, *SAS Set Environnement*) di grandissime dimensioni, impegnate in

---

[268] DPA's Code, sect. 2, § 2.6.

[269] V. art. 132-1, c. pén.,, insieme alle tre pronunce sulla motivazione della pena di: *Cour de Cassation, Crim*., 1er février 2017, nn. 15-83.984, 15-84.511 e 15-85.199, in *JCP* 2017. 277, con nota di J. LEBLOIS-HAPPE), dove si ribadisce che «*en matière correctionnelle, toute peine doit être motivée au regard de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle*».

[270] DPA's Code, sect. 2, § 2.8.2 (ii-v).

[271] V. in part. Trib. de Grande Instance de Paris, *Procureur de la République financier/*HSBC Private Bank (Suisse), cit. Qui la gravità eccezionale dei fatti, come anche il loro carattere abituale, sembra aver giustificato l'imposizione di una *pénalité complémentaire*. Cfr. O. CLAUDE, *Réflexions sur la première convention judiciaire d'intérêt public,* in *AJ pénal,* 2018, 32.

settori strategici e operanti su mercati pubblici e privati, in alcuni casi con decine di migliaia di dipendenti impiegati sul territorio francese. La CJIP, quando non ha chiuso procedimenti da anni fermi per l'incapacità di raccogliere prove sufficienti a sostenere un'accusa in giudizio, ha consentito, comunque, di mettere subito un termine a indagini che, per la complessità intrinseca delle vicende sottostanti – si tratta spesso di fatti commessi su base transnazionale, a più livelli della catena organizzativa dell'impresa e per un lungo periodo di anni – apparivano destinate a una sorte simile.

Rimane allora da verificare se i due fattori segnalati possano davvero finalmente integrare il concetto d'*interesse pubblico* che andiamo cercando. Abbiamo detto che esso deve: anzitutto fornire un valido fondamento per la differenza di trattamento tra i soggetti che accedono alla procedura e quelli che non vi accedono; giustificare, quindi, anche il passaggio a una giustizia penale dell'avvenire; integrare, infine, anche un elemento idoneo ad essere accertato in giudizio.

Il primo fattore, che guarda all'accordo come mezzo per economizzare le risorse impiegate dalla giustizia penale per il raggiungimento di un risultato, soddisfa con difficoltà questi requisiti. Quand'anche si volesse fondare la procedura sul risparmio economico che questa garantisce rispetto alla normale via penale, invocando il vincolo di bilancio cui la giustizia, come tutte le amministrazioni, deve sottostare, non si riuscirebbe comunque a individuare anche un obbligo di risultato in capo alla giustizia penale. Di conseguenza, il principio del risparmio non potrà neppure fondare una differenziazione rispetto al trattamento delle persone fisiche (considerato che, peraltro, il maggior dispendio di risorse si avrà proprio nella ricerca delle responsabilità individuali). Né, del resto, è detto che la procedura garantisca sempre un risparmio di spesa rispetto al processo ordinario; e comunque non si può davvero pensare di ridurre il ruolo del giudice penale a mero certificatore di un risultato contabile.

Decisamente più promettente appare il secondo fattore, «*sugli* effetti della pena». Di per sé, la necessità di evitare il costo eccessivo della pena rientra a pieno titolo nel principio di *economicità* dello strumento penale – inteso come confinamento della tutela entro i limiti della proporzionalità al "bene di raffronto" della libertà personale[272] – quale sua *ratio* fondante; non vi è dubbio, allora, che la stessa *ratio* debba estendersi al caso in cui il costo non investa più soltanto il soggetto destinatario della punizione, ma anche i soggetti che dovrebbero esserne beneficiari o che, comunque, non ne sono destinatari. Se è vero che la *pena* non è legittima quando non è utile (ossia quando non raggiunge lo scopo), a maggior ragione non sarà legittima quando è *disutile* (ossia frustra lo scopo).

E se questo principio dovrebbe valere – ma non vale – quando la *disutilità* della pena consiste in un "raddoppio del male" verso l'autore del reato senza beneficio, esso non

[272] Cfr. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1990, 451-452. In particolare, l'*economicità-proporzione* rappresenta un sotto-principio della *necessità* di pena, per cui il legislatore non solo potrà criminalizzare esclusivamente condotte lesive di beni proporzionati al bene di raffronto della libertà personale, ma la misura della tutela penale potrà estendersi soltanto proporzionalmente al rango e al grado di aggressione evidenziati dal bene giuridico.

può non valere quando "il male è moltiplicato" verso un insieme indistinto di soggetti senza beneficio. Non solo. Visto così, il principio di eccessiva costosità della pena è sufficiente a legittimare il ricorso alla procedura, ma fatica a fondare anche la disparità di trattamento che questa viene a creare. Il problema non sono soltanto gli *effetti collaterali* della pena su terzi estranei al reato[273]; effetti collaterali che invero, pur con diversa portata, sono presenti sempre, per le persone fisiche[274] e per gli enti, di piccole o grandi dimensioni che siano. Qui, però, non siamo solamente in presenza di un problema di costo e, quindi, di sproporzione o ingiustizia della pena, ma, più specificamente, di *sostenibilità.* Si tratta di valutare quali effetti la pena comporti sullo sviluppo di un territorio, di un'economia, di una comunità, in definitiva, il suo impatto complessivo sulle prospettive di tenuta di un'intera società. Quindi, non solo effetti collaterali collocati nel presente o in un immediato futuro, ma effetti collaterali che la pena continua a rilasciare in un lungo o lunghissimo periodo.

Questo è un problema specifico della dimensione collettiva, e in particolare della dimensione collettiva di rilevanza pubblica. Il tema non è certo nuovo, anzi: da sempre attraversa la materia della responsabilità degli enti, accentrando il dibattito, ormai classico, sui suoi confini di applicazione soggettiva[275], per tornare poi a riproporsi, da ultimo, nella materia degli *agreements*, sotto la formula di successo del «*too big to jail*», in collegamento con la questione del potere discrezionale del pubblico ministero. Il concetto di *interesse pubblico* alla procedura*,* in definitiva, sottrae il problema della punibilità degli enti d'interesse pubblico ad una definizione in via legislativa, inevitabilmente generale e astratta, per affidarla a una logica *singolare*, del caso per caso, rimessa nelle mani del giudice.

---

[273] Nella letteratura americana, il problema è conosciuto sotto il nome di "*Andersen Effect*", dal nome della società di auditing *Arthur Andersen*, la cui condanna nell'ambito dello scandalo *Enron,* corredata dall'interdizione all'esercizio dell'attività, provocò la perdita di circa 28.000 posti di lavoro, nonché gravi rimesse per gli azionisti della società. Da qui l'espressione coniata da P.J. HENNING, *The Organizational Guidelines: R.I.P.?*, cit., 312 ss. Gli effetti collaterali del caso *Andersen* sono richiamati a giustificazione dell'assenza di procedimenti penali nei confronti delle *systemic institutions* a seguito della crisi finanziaria del 2008. Cfr J. S. RAKOFF, *Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted? – Lecture hosted by the Institute for Law & Economics University of Pennsylvania Law School* (November 2013), in http://www.theregreview.org/; A. NASAR, *In Defense of Deferred Prosecution Agreements*, *11 N.Y.U. J.L:& Liberty,* 2017, 838 ss.; G. B. MARKOFF, *Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty*, cit., 797 ss.; C.E. GOLUMBIC–A.D. LICHY, *The "Too Big to Jail" Effect*, cit., 1322 ss.

[274] Cfr. *supra*.

[275] Per questo dibattito in Francia, E. PICARD, *La responsabilité pénale des personnes de droit public: fondements et champ d'application,* in *Rev. soc.,*1993, 272 ss. L'idea dell'estromissione degli enti pubblici dal campo di applicazione della responsabilità degli enti, sebbene mai pienamente accolta (rimanendo punibili, con le eccezioni previste all'art. 121-2 cod. pén, al. 1 e 2, tra cui lo Stato), ha trovato traduzione parziale nella loro esclusione dall'applicazione delle sanzioni della dissoluzione e del controllo giudiziario (art. 131-39, al. 3, c. pén.). Sulla scelta italiana di escludere invece gli enti pubblici – ad eccezione dei casi in cui svolgano un'attività a carattere economico – dal perimetro del d.lgs. 231/2001, S. RIONDATO, *Sulla responsabilità penale degli amministratori di società pubbliche,* et de publica societate quae delinquere potest, in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2005, 792 ss.; G. FIDELBO, *Enti pubblici e responsabilità da reato,* in *Cass. pen.,* 12, 2010, 4079 ss.; A. BERNASCONI, *Principi generali,* in A. PRESUTTI –A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti,* Milano, 2013, 37 ss.

Questo giudice, allora, dismesso il ruolo di accertatore di fatti commessi nel passato, sarà chiamato a effettuare una prognosi sugli effetti della decisione giudiziale. Accertata l'insostenibilità della via *punitiva*, egli potrà attivare il nuovo paradigma, deliberando il salto da una giustizia penale comunque fondata, indipendentemente dai suoi scopi, sulla punizione del passato a una giustizia penale orientata sul futuro, che non punisce ma conforma, non censura ma riabilita e accompagna.

È opportuno peraltro segnalare che in Francia il modello negoziale orientato sull'avvenire convive con un istituto di tipo commissariale[276], ossia il *placement sous surveillance judiciaire* (art. 131-39, 3°, c. pén.), nel quale tuttavia prevale – a differenza di quanto accade nell'istituto nostrano – la componente punitiva, essendo poco caratterizzato nel senso della tutela dell'attività d'impresa e dei terzi; tant'è vero che l'istituto non è applicabile alle persone giuridiche di diritto pubblico, a partiti, gruppi politici e sindacati professionali.

3. *Il modello giudiziale. La via italiana della tutela alle esigenze di continuità aziendale*

La nuova forma di giustizia delle imprese orientata sul futuro, sin qui delineata, non vuole sostituirsi a quella ordinaria, basata sul passato, ma offrire un'alternativa nei casi in cui essa appaia troppo costosa in termini di umana, prima ancora che economica, *sostenibilità*. Com'è stato chiaro sin dall'inizio, la procedura non è pensata per operare su vasta scala. Al contrario, essa presenta un importante filtro selettivo – ancorché infelicemente affidato all'indeterminatezza del concetto d'*intérêt public* – che impone al giudice di verificare di volta in volta l'opportunità di cambiare sistema di riferimento. Di questa forma di giustizia troviamo un'ampia traccia anche nel nostro ordinamento. Mentre in Francia esso si pone in alternativa radicale a quello orientato al passato, nell'ordinamento italiano il passaggio dal passato al futuro è più sfumato, accogliendo una forma di giustizia per così dire *intermedia.*

Ci riferiamo alle previsioni dell'art. 12 e dell'art. 17 del d.lgs. 231/2001 che consentono, rispettivamente, di ridurre la pena pecuniaria fino a 2/3 ed evitare la pena interdittiva in presenza di comportamenti risarcitori e di riorganizzazione preventiva. Pur in un'ottica che valorizza la conformazione per il futuro dell'ente, la logica che sottende queste ipotesi è di tipo premiale (e risarcitorio), essenzialmente ancorata alla riparazione dell'offesa (e al risarcimento del danno subito dalla vittima)[277] e, quindi, al passato. L'adozione di una contro-azione positiva è rimessa dunque all'iniziativa

[276] In proposito, C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato,* cit., 222-223; P. LE CANNU, *Le sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale,* in *P.A.,*1993, n. 120, 20.

[277] In riferimento alla vittima, la legge parla di *réparation* del danno, ma è evidente che si tratti di *risarcimento,* mentre una funzione di *riparazione* (dell'offesa) vera e propria, ancorché per il futuro, può essere soltanto individuata in capo ai *programmes de mise en conformité.* Cfr. per questa distinzione, M. DONINI, Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici*, cit., 597 ss. In tema, inoltre C. ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1987, 5 ss.

dell'ente eventualmente interessato ad accedere al vantaggio in termini di pena, secondo l'esercizio di una scelta indifferente per l'ordinamento. Al contrario, nella forma di giustizia di cui parliamo, il futuro ha un peso che non può essere ignorato dall'ordinamento, il quale non solo promuove, ma per certi versi impone il cambio di paradigma.

In una veste processuale diversa rispetto a quella sin ora osservata, questa forma di giustizia orientata sull'avvenire si rintraccia anche all'interno del *modello giudiziale*, nel quale la decisione di rinunciare alla pena ritenuta proporzionata al fatto e idonea allo scopo (nella specie, la pena interdittiva) non è affidata ad un accordo – ancorché, come abbiamo osservato, fortemente squilibrato a favore del pubblico ministero – tra le parti, ma è rimessa ad una decisione autoritativa del giudice penale, il quale nomina un *commissario* con l'incarico di garantire che l'ente, per un determinato periodo di tempo, adotti i presidi necessari ad evitare che in futuro siano commessi reati.

3.1. Approccio monofattoriale orientato sugli effetti della pena: l'istituto del commissariamento giudiziale nel d.lgs. 231/2001

Di questo modello è espressione il commissariamento giudiziale disciplinato agli artt. 15, 45 e 79 del d.lgs. 231/2001. L'istituto in parola[278] si applica in presenza dei presupposti per l'irrogazione di una sanzione interdittiva, ossia a fronte di fatti caratterizzati da particolare gravità (profitto di rilevante entità, reato commesso dagli apicali, presenza di gravi carenze organizzative, reiterazione degli illeciti). Nonostante il particolare disvalore che, in queste ipotesi, contraddistingue l'illecito dell'ente, il legislatore affida al giudice il compito di rimodulare la risposta punitiva in considerazione degli *effetti* negativi che questa potrebbe riversare sui soggetti estranei al reato e, più in generale, sul contesto economico in cui l'impresa opera. In particolare l'art. 15 d.lgs. 231/2001, al comma 1, prevede che, in luogo dell'applicazione della sanzione interdittiva, il giudice disponga la prosecuzione dell'attività dell'ente tramite un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva, quando: a) «l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività», oppure b) «allorché l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione».

Alla presenza dei medesimi presupposti, l'art. 45, comma 3, consente di disporre il commissariamento giudiziale anche in fase cautelare, sempre in luogo di quella

[278] Sull'istituto, ad esempio, C. PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio,* in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, cit., 233 ss.; G. FIDELBO, *Misure cautelari nei confronti delle società: primi problemi applicativi in materia di tipologie delle «sanzioni» e limiti all'operatività del commissario giudiziale,* in *Cass. pen.,* 2004, 276 ss.: ID., *Misure cautelari,* in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti,* cit., 562 ss.; P. DI GERONIMO, *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi* post factum *ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari,* in *Cass. pen.,* 2004, 265 ss.

interdittiva. Il commissario avrà il compito, fra gli altri, di curare l'adozione ed efficace attuazione di modelli di organizzazione e controllo idonei a prevenire reati della specie di quello commesso. L'art. 79 d.lgs. 231/2001 istituisce un controllo congiunto sull'attività del commissario da parte del pubblico ministero e del giudice dell'esecuzione, prevedendo in particolare che il commissario (nominato dal giudice su richiesta del pubblico ministero), «riferisce ogni tre mesi al giudice dell'esecuzione e al pubblico ministero sull'andamento della gestione e, terminato l'incarico, trasmette al giudice una relazione sull'attività svolta nella quale rende conto della gestione, indicando altresì l'entità del profitto da sottoporre a confisca e le modalità con le quali sono stati attuati i modelli organizzativi»[279].

Se non si può negare che l'istituto in parola sconti ancora una certa incertezza, tra funzione curativa e funzione afflittiva[280], nonché una qualche incompletezza – il commissariamento non si applica agli istituti di credito, agli intermediari e alle assicurazioni[281] –, dobbiamo al tempo stesso riconoscere in esso un evidente punto di apertura del sistema al problema della sostenibilità dell'intervento penale. A fronte di un'elevata *meritevolezza* di pena (il commissariamento si applica in *sostituzione* della pena interdittiva, quindi nelle ipotesi più gravi di responsabilità dell'ente), il legislatore chiede al giudice di aggiornare il giudizio sulla *costosità* della pena, nei casi in cui la sanzione proporzionata al fatto sia sproporzionata al bene di raffronto: quello immediatamente leso dalla pena, ossia l'attività d'impresa, nel momento in cui tale bene, nel caso concreto, appaia legato alle condizioni di sviluppo di un'intera collettività.

Viene a questo punto naturale osservare come, nel passaggio dal modello negoziale a quello giudiziale, l'interesse sotteso alla rinuncia alla pena assuma contorni più definiti. L'approccio *multifattoriale* che abbiamo incontrato nel modello negoziale, il quale tende a confondere elementi attinenti alla gravità del fatto e alla capacità a delinquere dell'ente, tipicamente afferenti al giudizio di individualizzazione della pena*,* cede qui il passo ad un approccio *monofattoriale,* dove la valutazione in ordine agli effetti

---

[279] Per approfondimenti v. S. DE FLAMMINEIS, *La mappatura del rischio da reato nel commissariamento e nell'amministrazione giudiziaria tra attualità e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 23 giugno 2015, in part. 6 ss.

[280] La natura punitiva del commissariamento giudiziale si desumerebbe da due dati: innanzitutto dalla durata della misura, equiparata a quella della sanzione interdittiva che sostituisce; inoltre dalla previsione della confisca del profitto realizzato nel corso del commissariamento, dove per *profitto* dovrà intendersi ovviamente il *profitto netto* e non l'intero ricavo aziendale lordo, comprensivo delle somme che saranno poi destinate alla copertura delle spese e dei costi aziendali. Così già Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, in *Guida al dir.* 2013, 22, 73 ss (sentenza *Fisia Italimpianti*), dove a chiare lettere si dice che sarebbe «palesemente irragionevole estendere la misura ablatoria all'ammontare del lordo delle entrate di tale gestione, giacché in tale modo si precluderebbe la prosecuzione dell'attività imprenditoriale, laddove proprio l'esigenza di garantire tale prosecuzione costituisce la ragione della nomina del commissario». In dottrina v. ad es. A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. Dolcini–C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., III, 2134.

[281] Cfr. artt. 97-*bis,* co. 4, t.u.b; 60-*bis,* co. 4, t.u.f.; art. 266, co. 4, Codice Assicurazioni. Su questo punto si vedano le considerazioni di A. PRESUTTI–B. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, cit., 419-420.

(collaterali) negativi della pena sulla collettività implicata nella vicenda punitiva occupa per intero il piatto della bilancia opposto a quello dell'interesse a punire.

Non è peraltro possibile celare come la scelta di identificare il modello *giudiziale* con la forma del *commissariamento* appaia largamente criticabile. Il *commissariamento*, a differenza di altre forme di *controllo giudiziale* meno invasive[282], presuppone infatti lo *spossessamento gestorio* dell'impresa da parte del commissario incaricato; ma questo *spossessamento* non è la migliore garanzia per la continuità aziendale, rischiando anzi di aprire una lenta fase di *eutanasia* dell'ente, nei fatti dunque operando una sorta di ammortizzatore sociale, finanziato anche con la *confisca* (compensativa) dei profitti (leciti)[283].

4. Il giudice penale davanti al problema della sostenibilità della pena

In *questo Capitolo* ci siamo soffermati su uno dei punti di crisi del diritto penale nell'ambiente *globalizzato*, ossia sul *problema* della gestione degli effetti dell'intervento penalistico in quei particolari contesti in cui la pena, per quanto meritevole e idonea allo scopo, non appaia anche sostenibile, per le conseguenze sociali ed economiche che comporta.

In particolare, il tentativo di decifrare il significato del concetto d'*intérêt public* che impronta la procedura di marca francese, ci ha mostrato l'emersione di un particolare modello di giustizia penale orientato sull'avvenire, rintracciabile anche all'interno del sistema italiano di responsabilità degli enti, in particolare nell'istituto del commissariamento giudiziale.

Nel prosieguo del lavoro avremo modo di vedere[284] come l'ambiente della crisi economica intersechi questa nuova dimensione del punire; e proprio perché la gestione degli *effetti* (collaterali) della pena intercetta un *nodo problematico* dei processi di *criminalizzazione* nel contesto di *crisi*, ci pare il caso di approfondire un aspetto sinora rimasto in sospeso, ossia quello della decisione *giudiziale* orientata agli effetti della pena.

A tal proposito è anzitutto necessario chiarire le ragioni della tendenza a "scaricare" sugli organi del controllo penale (ed in particolare, sul *giudice*) il problema della

[282] V. *infra*, Capitolo II, Sez. III.

[283] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 2011, n. 43108, in *Cass. pen.*, 2012, 7-8 , 2696 ss. e in *Diritto e Giustizia online 2011,* 26 novembre (con nota di F. D'ARCANGELO), dove si spiega come il commissariamento sia uno strumento di «espropriazione temporanea dei poteri direttivi e gestionali», che vengono così assunti dall'ausiliario del giudice per assicurare la prosecuzione dell'attività, ma in prospettiva della futura chiusura dell'impresa o del suo ramo patologico per evitare pregiudizi a terzi, gestendo nelle more i rapporti interni «in posizione di sovraordinazione gerarchica necessaria» ed esercitando un potere di «vigilanza attiva» finalizzata alla effettiva interruzione o messa in sicurezza dei processi produttivi direttamente dannosi, o alla riconversione della produzione secondo modalità lecite, nonché effettuando sforzi di prosecuzione della redditività sia a tutela temporanea dell'occupazione, sia per garantire la produzione degli utili d'impresa che saranno sempre resi oggetto di confisca "compensativa" in favore dell'Erario. Cfr. anche Cass. pen., sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 20560, in *Cass. pen.*, 2011, 10 , 3533 (con nota di A. PANETTA).

[284] In particolare, v. Capitolo III, sez. I e sez. III.

sostenibilità degli *effetti* della pena. È vero infatti che il legislatore, nel momento in cui confeziona la norma penale, potrebbe scegliere di eliminare dal novero delle sanzioni applicabili all'ente quelle più intensamente afflittive e, dunque, certamente in grado di comportare conseguenze disastrose per l'impresa ed i suoi *stakeholder* (in particolare, sanzioni interdittive e confische), o magari di limitarle agli enti completamente asserviti a scopi criminali. Tuttavia, in questo caso, la *minaccia* penale risulterebbe decisamente impoverita del suo potere deterrente (e, quindi, orientativo); dunque perché non pensare di ritirarla del tutto, per tornare a concentrarsi esclusivamente sulla responsabilità degli individui?

Come abbiamo visto, i diversi sistemi analizzati tendono a proporre una soluzione meno drastica e più compatibile con gli scopi *preventivi* che sostengono le ragioni dell'esistenza di una *corporate criminal liability.* Ripercorrendo quanto analizzato nei precedenti paragrafi, l'essenza di questa soluzione è resa in modo ottimale dal concetto di "programmi di conformità" (espressione ripresa dal francese "*programmes de mise en conformité*"); programmi che, nel più generale ambito della *compliance*, ritagliano un'area specifica, segnalandosi per la loro origine *reattiva* (essi seguono e non precedono la commissione di un reato), per il fatto di essere sostanzialmente *eteroimposti* e di avere un contenuto *non* interamente *autonormato* (essendo essi adottati per mezzo di una collaborazione tra gli organi dell'ente e gli organi di controllo pubblico) nonché, infine, di *sostituire* la pena (o altre misure preventive a carattere *punitivo*), anche nei suoi contenuti simbolici, e senza trascurare una certa componente *afflittiva*, rappresentata dall'applicazione di numerose limitazioni all'esercizio dell'attività d'impresa.

Questi programmi sono, nella prassi, una componente essenziale dei *deferred prosecution agreement* (anche a prescindere dall'imposizione di un vero e proprio *monitoring*), rappresentano un contenuto *di primaria importanza* (anche se il legislatore francese non li prevede in via obbligatoria) della *convetion judiciaire d'interet public*, configurano un elemento imprescindibile dei meccanismi di *controllo* giudiziale previsti nel nostro ordinamento; eppure, con tutta evidenza, essi non sono ritenuti ancora pronti a sostituirsi in *via generale* alla pena. Forse anche perché questi programmi, a differenza della pena, sono legati a particolari vincoli di *fattibilità*: solo gli enti di una certa dimensione, infatti, sembrano essere adeguatamente attrezzati per applicarli; dall'altro perché comunque la *minaccia* della pena, pur sullo sfondo, serve in qualche modo da incentivo alla piena collaborazione dell'ente alla loro efficace attuazione. Senza poi contare che l'applicazione dei programmi implica un notevole dispendio di risorse pubbliche, potendosi dunque difficilmente trasformarsi in soluzione generalizzata.

Pare dunque evidente il motivo per cui i *programmi di conformità* rimangano come soluzione *sostitutiva* della pena solo in casi *eccezionali*; in particolare, in quei casi dove l'applicazione della pena risulta *sconveniente* per gli effetti collaterali, *non sostenibili*, che comporta.

Ecco allora che veniamo al perché il problema della *sostenibilità* degli effetti della pena non appare risolvibile su un piano generale ed astratto. Il legislatore potrebbe infatti decidere di intervenire con il meccanismo delle soglie quantitativo-dimensionali; ma, scorrendo le soluzioni adottate nei vari ordinamenti, ci accorgiamo che questo meccanismo di differenziazione di tipo *rigido* non è apparso il più adatto ad individuare il limite di *sostenibilità* dell'intervento punitivo. In effetti, la previsione di soglie dimensionali (specie se di tipo esclusivamente quantitativo-patrimonali) appare soluzione scarsamente idonea alla soluzione del problema in esame, per la semplice ragione che il dato dimensionale, per quanto *sintomatico*, da solo non dimostra – né in negativo, né in positivo – la *sostenibilità* degli effetti negativi della *pena*, essendo questa legata ad una serie ben più articolata di fattori (tra cui, le condizioni economiche generali di un Paese o di un territorio, il settore produttivo in cui l'ente opera, la capacità del sistema di assorbire i posti di lavoro perduti e via dicendo).

Si preferisce, allora, optare per soluzioni più elastiche, orientate dal contesto *concreto* di applicazione della pena. La soluzione del problema viene così delegata agli organi di controllo penale, incaricati di operare un *bilanciamento* tra i vari interessi in gioco; bilanciamento che, fermo il *legittimo* esercizio della pretesa punitiva che ne è presupposto, dovrebbe avere come risultato o l'applicazione della pena o l'applicazione dei programmi di conformità.

Prendendo in esame le manifestazioni a noi più vicine di giustizia penale "sostenibile", è al giudice penale, in particolare, che spetta operare il giudizio di bilanciamento. La dinamica di questo bilanciamento deve però essere meglio indagata per comprendere come il giudice penale giunga a decretare l'abbandono della via punitiva "primaria".

4.1. *Un bilanciamento "spurio", "in concreto" e di tipo "prognostico-predittivo"*

Come la dottrina ha messo in evidenza[285], bilanciamenti di vario genere possono essere rintracciati a tutti i livelli della sistematica del reato: non solo all'interno delle cause di giustificazione[286], ma già nella definizione del fatto tipico, dove il bilanciamento è volto a stabilire un criterio di priorità dell'interesse tutelato dalla norma

[285] M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie i bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2, 2016, 709 ss.; F. CONSULICH, *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti,* Giappichelli, Torino, 2018, 65 ss.

[286] Secondo la ricostruzione più accreditata, i bilanciamenti che troviamo all'interno delle cause di giustificazione sono diretti a ridisegnare il rapporto di prevalenza tra l'interesse tutelato dalla norma e gli interessi confliggenti, in base alla peculiarità del conflitto emergente nel fatto storico; lasciando dunque uno spazio all'opera di concretizzazione del giudice, alle condizioni stabilite dal legislatore. In questo senso C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato* (trad. it. a cura di S. Moccia), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, 51 ss.; ID., *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, trad. it. a cura di S. Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, 25 ss.; G. DE FRANCESCO, *Sulle scriminanti*, in *Studium iuris*, 2000, 271.

penale rispetto a qualsiasi altro interesse in contrasto con esso[287], fino alle scusanti e alle multiformi ipotesi che possono essere ricondotte alla sfera della punibilità. Ma un bilanciamento presiede, a monte, anche la scelta della *pena* quale mezzo di tutela di certi beni, laddove il suo utilizzo entra in conflitto con il bene (particolare) della libertà personale. Esclusa la possibilità di offrire, in questa sede, una tassonomia accurata dei *tipi* di bilanciamento che attraversano il diritto penale, in virtù della loro numerosità e ubiquitarietà, possiamo qui soltanto limitarci a estrapolare, accanto al più noto criterio fondato sul binomio concettuale *astratto/concreto* – da cui è derivabile un sotto-criterio incentrato sui soggetti coinvolti nel bilanciamento (legislatore, giudice, amministrazione, soggetti tecnici) –, un diverso criterio di classificazione basato sul *tipo di conflitto* che il bilanciamento è chiamato a risolvere.

A noi sembra infatti di poter suggerire l'introduzione di una distinzione tra bilanciamenti *puri*, dove il conflitto tra interessi diversi è risolto dall'utilizzo della pena, che tra essi indirettamente stabilisce un criterio di poziorità, e *spuri,* dove invece il conflitto è generato dall'utilizzo della pena. Per chiarire: il legislatore che abbia stabilito che un bene è *meritevole* di tutela mediante pena, si trova poi a risolvere il conflitto che scaturisce tra la tutela di quell'interesse (ad esempio, la vita) mediante pena e il bene della libertà personale; un conflitto (vita/libertà personale) che prima della decisione sull'utilizzo della pena non aveva ragione di esistere. Nella maggior parte dei casi il legislatore risolve in astratto questo tipo di conflitto (in particolare, all'interno del giudizio sul *bisogno* di pena). Nei rimanenti, invece, tende a demandarne la concretizzazione al giudice, tipicamente quando il giudizio in astratto è *debole*, ossia quando il bene tutelato mediante pena è scarsamente proporzionato al bene di raffronto (ad esempio, proprietà/libertà personale); se anche il grado di aggressione, nel caso concreto, è *debole,* allora il legislatore affida al giudice il compito di invertire il giudizio sulla meritevolezza di pena[288]: è quanto avviene, ad esempio, nella causa di non punibilità per speciale tenuità del fatto.

Un'altra categoria di casi demandati al giudice è quella in cui il bilanciamento in astratto è *incompleto*, potendosi in principio conoscere, e quindi valutare, i soli effetti della pena sull'interesse immediatamente conculcato – il c.d. bene di raffronto o interesse *primario*, ad esempio la libertà personale nel caso di persone fisiche e la libertà d'impresa nel caso di enti – ma non anche, per le più varie ragioni, gli effetti su altri interessi *secondari* rilevanti ai fini del bilanciamento. Non valutabile in astratto, il conflitto si manifesta soltanto quando è conosciuto il contesto storico di applicazione della pena. Il legislatore allora rimette al giudice il compito di integrare – per eventualmente ribaltare – il giudizio di bilanciamento sulla base degli *effetti* esplicati in concreto dalla pena: in tal caso non si parla più in senso stretto di *meritevolezza* e, forse,

[287] Sui bilanciamenti interni alla costruzione della fattispecie penale, ad es. T. PADOVANI, *Diritto penale,* X ed., Giuffré, Milano, 2012, 165; F. PALAZZO, *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999, 168 ss.

[288] Ma su questi aspetti C.E. PALIERO, *«Minima non curat praetor». Ipertrofia del diritto penale e decrminalizzazione dei reati* bagatellari, Cedam, Padova, 1985, in part. 645 ss. e 692 ss.

neanche è corretto parlare di *bisogno* di pena, ma più genericamente di *costosità* della pena.

Tornando allora al bilanciamento che stiamo studiando, dal punto di vista del *tipo di conflitto* esso dovrà essere descritto come bilanciamenti *spurio*, tra la tutela di un certo interesse *mediante* pena e altri interessi. E non vi è dubbio il bilanciamento potrà compiersi solo per il tramite dell'opera di *concretizzazione* del giudice (non solo per questo peraltro smettendo di essere un bilanciamento *legale*). Altra caratteristica di questo bilanciamento è di presupporre una proiezione del giudice penale nell'avvenire; esso potrà essere effettuato solo alla luce di un giudizio *prognostico* circa gli effetti che la pena potrà produrre nel caso di specie. Una volta che abbia *previsto* gli effetti, il giudice potrà procedere nel *bilanciamento.*

4.2. Giudizio di rilevanza vs. *giudizio di prevalenza*

Provando a scendere più nel dettaglio, il bilanciamento parrebbe articolarsi in un *giudizio di rilevanza* e in uno di *prevalenza.* Il giudizio di *rilevanza* ci dice quando il conflitto, irrilevante in astratto, diventa *rilevante* in concreto[289], dove la rilevanza è data dal fatto che gli effetti della pena sugli interessi secondari non sono *sostenibili*. In definitiva, è nell'ambito di tale giudizio che si deciderà *se* la rinuncia alla normale via penale è fondata, per l'insostenibilità degli effetti che da questa deriverebbero. Ma solo nel giudizio di *prevalenza* – nel quale si stabilisce che quando gli *effetti* della pena non sono sostenibili, la pena non si applica – si compie il bilanciamento vero e proprio, offrendo da un lato la soluzione del conflitto e, dall'altro, stabilendo la nuova condizione di equilibrio (ad esempio, che l'interesse inciso dal comportamento penalmente rilevante è tutelato per il futuro attraverso la *compliance*). Ora, mentre il giudizio di *rilevanza* implicherà sempre un accertamento di fatto, e non potrà fare a meno dell'opera di concretizzazione del giudice, quello di prevalenza può essere compiuto in via legislativa, traducendosi in una regola, che il giudice può limitarsi, a questo punto, ad applicare[290]. Anzi, soltanto il legislatore pare essere soggetto dotato del potere di stabilire cosa l'interesse pubblico è e come vada perseguito, in particolare quando il suo raggiungimento è legato all'utilizzo dello strumento penale.

4.2.1. Il giudizio di rilevanza come decisione fondata su standards

[289] Al giudice è quindi demandato il compito di tracciare la "topografia del conflitto", ossia di determinare come e in che misura la norma penale che tutela un determinato interesse mediante *pena* incide nell'ambito di un interesse concorrente. Su questo concetto, R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 62 ss. e *passim.*

[290] Dal punto di vista formale, il bilanciamento assume le sembianze di un tipico bilanciamento definitorio (categoriale o universalizzante); dunque non rimesso al ruolo quasi sapienziale ed equitativo del giudice, ma risolto da parte del legislatore secondo una regola tendenzialmente applicabile anche ai futuri casi di conflitto. Ciò non toglie che sia sempre il caso concreto ad avere l'ultima parola, dovendo le regole del conflitto essere necessariamente adattate e specificate al caso concreto: v. G. PINO, *Diritti e interpretazione*, cit.,187 ss.

È allora sul giudizio di *rilevanza* che dobbiamo concentrarci, se vogliamo comprendere come il "giudice degli effetti" dovrebbe operare.

Se il problema della giustificazione della decisione del giudice che convalida una CJIP stenterà a emergere nella prassi per il fatto che la decisione del Presidente del Tribunale non è suscettibile di ricorso e se, ad oggi, per quel che consta, nessun ricorso è stato presentato avverso un commissariamento giudiziale lamentando il difetto dei suoi presupposti[291], ciò non toglie che il problema pratico, in uno con quello teorico, rimane.

Il giudice italiano ha il compito di integrare in via valutativa un doppio standard: il «grave pregiudizio» per la collettività (in caso di enti che svolgono un servizio pubblico o un servizio di pubblica necessità) e le «rilevanti ripercussioni» sull'occupazione. Il giudice francese, a dire il vero, non ha uno standard di riferimento. Il grande problema che sorge in quel sistema è legato all'assenza dello standard*,* al posto del quale troviamo un concetto indeterminato e, soprattutto – nel momento della sua trasposizione dal piano del linguaggio corrente al piano giuridico – equivoco[292], e dunque bisognoso di essere spiegato[293]: l'*intérêt public*. Nel nostro percorso alla ricerca di questa spiegazione, siamo partiti dai significati letterali dell'espressione "interesse pubblico", naturalmente sempre calata nel *contesto* e nel *sistema* di riferimento[294], nel tentativo di individuare un criterio che presentasse la caratteristica dell'accertabilità da parte del giudice e fosse al contempo assumibile quale discriminante su cui fondare una differenziazione interna all'ordinamento. Siamo così arrivati a tradurre il concetto (equivoco e indeterminato) d'*intérêt public* in uno standard (indeterminato ma non equivoco): la *non sostenibilità* degli effetti della decisione sulle condizioni economiche e sociali della comunità di riferimento.

4.2.2. La giustificazione della decisione sulla rilevanza degli effetti

[291] Le censure si appuntano sempre, quando non direttamente sulla commissione del reato e sulla sussistenza di gravi indizi della sua commissione, sull'estensione della misura oppure sui compiti e poteri attribuiti al commissario, v. ad. es. Cass. pen., sez. VI, 22 novembre 2011, n. 43108, reperibile su www.aodv231.it, 22 novembre 2011.

[292] Non si vuole con questo lasciar intendere che il concetto d'*intérêt public* sia distinguibile da quello di "pregiudizio grave" o di "rilevanti ripercussioni" sul piano della determinatezza. Certamente però, a differenza di questi, il suo carattere d'indeterminatezza non dipende dalla volontà del legislatore di «aprire la norma», secondo un progetto intenzionale, ma piuttosto da una cattiva tecnica di trasposizione legislativa. Su questi concetti, S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 1987*,* 726-727, in dialogo con K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. a cura di A. Baratta e F. Giuffrida Rapaci, Milano, 1970, 197 ss; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale, nozione e aspetti*, Giuffré, Milano, 1965, 159 ss.; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale: profili generali e problemi applicativi,* Giuffré, Milano, 2004, 230.

[293] Cfr. G. RUGGIERO, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Jovene, Napoli, 1985, 180 ss.; L. RISICATO, *op. cit.,* 230, secondo la quale, in presenza di concetti indeterminati, il giudice «deve sostituire all'espressione sintetica, adottata dal legislatore, un sintagma analitico che meglio caratterizzi quella sfera di significato, ossia l'ambito di fenomeni comprensibili sotto quella sfera concettuale».

[294] Stiamo qui citando F. PALAZZO, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica,* in E. Dolcini–C.E. Paliero, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, I, 515 ss.

Ogni decisione fondata su *standards*[295] (o, secondo un'altra terminologia, *clausole generali*[296]), ossia su concetti che descrivono con grande generalità un ambito di casi[297], presenta due piani di giustificazione, interno ed esterno. Quello *interno* riguarda la giustificazione della decisione in base alle sue premesse. Poiché l'integrazione dello standard – il quale normalmente non trova definizione normativa, né può essere integrato in via interpretativa – è orientata dal fatto concreto, si tratta anzitutto di accertare la sussistenza del fatto attraverso prove sufficienti, mettendo in evidenza gli elementi della situazione di fatto rilevanti per l'applicazione dello standard[298]. Il piano *esterno* della giustificazione attiene invece alla giustificazione della scelta delle premesse della decisione, ossia alla scelta dei criteri valutativi attraverso cui il giudice integra lo standard.

i) Giustificazione interna: il giudizio prognostico sugli effetti

Dal nostro punto di vista, la base fattuale dello standard è data dagli effetti della decisione: dunque, non un fatto avvenuto, bensì la probabile verificazione di un fatto futuro. L'accertamento assumerà così la tipica forma di un giudizio di prognosi prodroma. Ai fini della formulazione della prognosi, il giudice dovrà anzitutto chiarire qual è l'oggetto della sua valutazione, e dunque fare chiarezza sull'evento/causa rispetto al quale gli effetti sono valutati, nonché sul genere (*de iure/de facto*) e sul tipo di effetti presi in considerazione. Per il giudice italiano l'evento è rappresentato dall'applicazione della misura interdittiva[299]; per quello francese, potrà essere l'iscrizione nella scheda n° 1 del *casier judiciaire.* Ma non è detto che il giudice debba limitarsi a valutare gli effetti legali, potendo anche spingersi a valutare gli effetti collaterali derivanti *de facto* dalla risposta penale: in particolare, quelli derivanti dal danno reputazionale e dunque dipendenti dalla reazione del mercato (pur con tutte le difficoltà che questo comporta in punto di raggiungibilità della prova). Il giudice dovrà poi chiarire il *tipo* di effetti valutati. Nel caso disciplinato alla lett. b, comma 1, dell'art. 15 d.lgs. 231/2001, il giudice italiano sa di dover vagliare gli effetti sull'occupazione; ma in quello di cui alla

[295] M. TARUFFO, *La giustificazione delle decisioni fondate su standards,* in P. Comanducci-R. Guastini (a cura di), *Materiali ad uso degli studenti,* vol. II, Torino, 1989, 311 ss.
[296] Sulla sostanziale equivalenza dei due concetti, S. RODOTÀ, *op. cit.,* 726.
[297] Ci rifacciamo, a tal proposito, alla definizione di K. ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., 192-193 e 197.
[298] Così M. TARUFFO, *La giustificazione della decisione basate su standards,* cit., 324, richiamando *Universalisation and Induction in Law,* in C. Faralli-E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, Milano, Giuffré, 1987, 100 ss.
[299] Un problema potrebbe porsi rispetto all'individuazione del tipo di pena interdittiva. Secondo una prima impostazione (G. FIDELBO, *Misure cautelari nei confronti delle società,* cit., 278 ss.; ID., *Misure cautelari,* cit., 561), il commissariamento giudiziale potrebbe ricorrere solo in presenza di sanzioni che formalmente determinano l'inibizione dallo svolgimento dell'attività, dunque di quella di cui all'art. 9, co. 2, lett. a), d.lgs. 231/2001. Secondo l'impostazione meno formalistica (v. P. DI GERONIMO, *op. cit.*, 265 ss.) che ci sentiamo di accogliere, andrebbero considerati tutti gli effetti, anche indiretti, del provvedimento interdittivo, quando questo possa comunque provocare un'interruzione dell'attività; di conseguenza, sarebbero da includere anche le sanzioni contenute all'art. 9, co., 2 lett. b).

lett. a), parlando la legge genericamente di «grave pregiudizio» per la collettività, sarà suo compito illustrare in cosa questo pregiudizio si sostanzia, ed altrettanto dovrà fare il giudice francese.

Anche quando non sia chiaro rispetto a che cosa il pregiudizio si verifica, il giudice non potrà esimersi dall'indicare espressamente in motivazione gli interessi da lui valutati. Ad esempio, accanto all'occupazione, potrà scegliere di fare riferimento ad alcuni tra i classici indicatori di sviluppo sociale, quali l'*equità,* la *qualità della vita,* il *reddito,* i tassi *demografici,* e così via, sforzandosi di mantenere un principio di coerenza tra il fatto valutato e il criterio di valutazione prescelto. Chiarito l'oggetto della valutazione, egli potrà procedere nel suo giudizio prognostico. Con riferimento al *momento* cui riferire la probabilità di verificazione degli effetti negativi, il giudice, sulla scorta dei dati più aggiornati di cui dispone, valuterà sia gli effetti di breve sia, soprattutto, di lungo periodo. Il *grado* di probabilità del giudizio potrà mutare in relazione al momento della valutazione, dovendosi attenere, per il breve periodo, ad uno standard di alta probabilità, se non quasi certezza; per il lungo periodo, il giudizio prognostico potrà invece essere formulato in termini di probabilità semplice o anche di verosimiglianza. La *base* e il *metro* del giudizio dipenderanno dal *tipo* di effetti che il giudice si prefigge di valutare; in base ad esso il giudice sceglierà tanto le circostanze fattuali rilevanti per il giudizio (ad esempio selezionando i dati che, in relazione alle dimensioni e alla natura dell'attività dell'ente, nonché alle condizioni economiche del territorio in cui è situato, appaiono più conferenti nella stima dell'impatto sui livelli occupazionali di una eventuale interruzione dell'attività dell'ente), quanto il patrimonio nomologico di riferimento, potendosi – anzi, dovendosi – avvalere degli ausiliari che meglio padroneggiano quel patrimonio di conoscenze specialistiche.

ii) Giustificazione esterna: l'integrazione valutativa dello standard

Una volta formulato il giudizio prognostico e stabilita una probabilità sufficiente a fondare la giustificazione interna della decisione, il giudice degli *effetti* dovrà spiegare in base a quale criterio ritiene che gli *effetti* della normale via penale siano *gravi/rilevanti/non sostenibili.* Questo è indubbiamente il punto più problematico della motivazione. Come già notato, il legislatore sceglie in questi casi di non tracciare una linea di demarcazione tra gli enti che hanno accesso e quelli che non hanno accesso al modello di giustizia penale sostenibile, e lascia che siano le caratteristiche del caso concreto a guidare il giudice, non potendo dunque questi irrigidire la propria motivazione sulle soglie o sulle definizioni che presiedono altre normative.

Lo standard è per definizione un punto aperto nel sistema di diritto positivo, e il giudice, chiamato a integrare la norma giuridica con elementi fortemente valutativi, finisce con l'esercitare un potere realmente creativo, dove i criteri, insindacabili in termini di *validità/invalidità,* potranno tuttavia essere discussi sul piano della *razionalità/logicità*. Razionale potrà dirsi, ad esempio, il criterio – trasparentemente ispirato ad un riconoscibile sistema di valori – la cui applicazione risulti giustificata in

base alle conseguenze attese e/o prodotte; e siccome le conseguenze, nella materia di cui ci occupiamo, comportano innanzitutto l'introduzione nel sistema di una disparità di trattamento, la razionalità del criterio prescelto sarà prioritariamente da valutarsi in quest'ambito e, dunque, in termini di ragionevolezza*,* quale corollario del principio di uguaglianza. In altri termini, i concetti di *gravità/rilevanza/insostenibilità* dovranno essere ricavati sulla base di un criterio ragionevole di differenziazione, che in quanto tale sia anche universalizzabile: quindi non soltanto giusto o conveniente nel caso specifico, ma accettabile in linea di principio in tutti i casi simili. Questa è, ad un tempo, condizione di *legalità* e di *congruenza assiologica* della valutazione del giudice[300].

Quella che per noi può essere una valida direttiva per il giudice intento a creare il criterio di valutazione è stata anticipata: la misura degli effetti cui dovrà guardare non è solo il peso ma è anche il *tempo*; essi non andranno valutati solo nella loro intensità e ampiezza, ma anche in base alla loro durata e, quindi, alla capacità del sistema di riferimento – sia esso il territorio locale, nazionale o perfino europeo e globale – di assorbirli senza che siano alterate le condizioni di sviluppo di un certo territorio.

4.3. Nota conclusiva. Riposizionamento temporale vs. *riposizionamento funzionale del giudice* penale

Anche vista così da vicino, l'attività del giudice penale sembra guadagnare un segmento nuovo sulla linea del tempo, e ci confermerebbe che il ri-orientamento sul futuro dell'intervento penalistico implica anche un riposizionamento "temporale" del giudice penale. La figura del giudice "degli effetti" mette infatti certamente in crisi la rappresentazione offerta da *Gerhart Husserl*[301] dei rapporti tra diritto, potere e tempo, che assegna al giudice – in particolare a quello penale, dedito all'accertamento e giudizio di fatti delittuosi – la dimensione del *passato,* perché è qui che si trovano i principali riferimenti del suo operare; mentre il *futuro* e il *presente* apparterrebbero all'azione coordinata del legislatore e del governo.

Ci sarebbe allora da domandarsi se ad una rivisitata collocazione "temporale" non si accompagni anche un riposizionamento "funzionale" del giudice penale. La distinzione *husserliana* tra i poteri basata sul tempo, efficace finché intesa come *ratio cognoscendi* dei rapporti tra il diritto e il potere, non sembra altrettanto idonea a coglierne la *ratio essendi,* e dunque a determinare quando l'attività del giudice degli effetti invada un campo funzionale che non gli è proprio.

Non vi è dubbio che, sul terreno estremamente scivoloso dell'interesse pubblico sul quale opera, al giudice sia sufficiente un piccolo passo per sconfinare, dallo spazio di discrezionalità assegnatogli dalla legge (allo specifico fine d'integrarla valutativamente, in base alle circostanze del caso concreto), in una dimensione di vera e propria discrezionalità (amministrativa), dove il vincolo non è più la legge bensì il fine, ossia

[300] M. TARUFFO, *op. cit.,* 340.
[301] Cfr. G. HUSSERL, *op. cit.*, 53 ss.; v. anche *supra*, Capitolo I, par. 2.

l'interesse pubblico indicato dalla legge[302]; se non, addirittura, dove il tipo d'interesse pubblico non sia indicato, in uno spazio di totale libertà, anche nei fini, che tradizionalmente è quello proprio del legislatore.

Invero, il confine entro il quale il giudice degli effetti dovrebbe muoversi è definito, ancorché malfermo. A parere di chi scrive lo possiamo rintracciare nel discrimine che, nell'operazione di bilanciamento, separa il giudizio di *rilevanza* da quello di *prevalenza*. Il primo giudizio, affidato al giudice, costituisce la premessa del bilanciamento, e serve a determinare quando gli effetti negativi della pena assumono una *rilevanza* tale da non poter essere ignorati dall'ordinamento; quando, in definitiva, gli interessi che abbiamo definito "secondari" meritano di trovare posto sulla bilancia del legislatore.

In caso di esito positivo di questo giudizio, è il giudizio di *prevalenza*, già svolto in sede legislativa, a offrire la soluzione del bilanciamento, con questa risolvendo anche il problema dell'individuazione del fine dell'intervento giudiziario e della sua forma.

Un confine così delineato è però facilmente superabile da un giudice penale che, senza impegnarsi nel doppio livello di giustificazione, interna ed esterna, della decisione, si limiti, più sbrigativamente, a far coincidere la giustificazione della premessa del bilanciamento con l'esito del bilanciamento stesso. Così, ad esempio, quando il suo ragionamento non sia «il *pregiudizio* per l'occupazione è *grave*, dunque non applico la pena interdittiva», ma «per salvare l'occupazione, non applico la pena interdittiva».

Preoccupandosi di realizzare lo scopo individuato dalla norma, e non di fondarlo razionalmente, il giudice penale sconfina in un'attività che molto somiglia, nella tecnica (l'effettuazione di un bilanciamento in concreto) e nella sostanza (la scelta di una soluzione in base alla sua corrispondenza a un fine), ad un esercizio di *discrezionalità* amministrativa. Ancor più significativo appare lo sconfinamento cui è esposto il giudice francese, costretto a muoversi in un orizzonte in cui neppure il fine è individuato e la premessa del bilanciamento resta, dunque, totalmente indeterminata.

Sarebbe insomma quasi da comprendere la posizione di quel giudice che, ad uno scranno scomodo, preferisce uno sgabello, in un'umbratile posizione burocratica. Ma un simile atteggiamento, senza davvero metterlo al sicuro da un possibile scivolamento funzionale, finisce per aggravare il problema, già pesante, di ragionevolezza del sistema, che invece deve essere assicurata. Le due figure che verrebbero a delinearsi, infatti, del giudice-burocrate e del giudice-amministratore, pur mosse da motivazioni diverse, allo stesso modo abdicherebbero alla funzione loro propria, senza la quale il paradigma dell'avvenire difficilmente troverà cittadinanza legittima nell'ordinamento: fondare, per quanto possibile, la differenza di trattamento tra gli enti – e, quindi, tra le

[302] Cfr. B.G. MATTARELLA, voce *Discrezionalità amministrativa*, in A. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico,* vol. III, Milano, 2006, 1996; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo,* X ed., Roma, 2016, 1215 ss.; W. GASPARRI–M. CARRÀ, *Elementi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 43 ss. Tutti gli autori si rifanno agli insegnamenti fondamentali di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione,* Milano, 1939; Id., *Diritto amministrativo,* Milano, 1993, III.

persone la cui esistenza è ad essi fatalmente legata – che sono giudicati in base al futuro e quelli che invece continuano ad essere giudicati per il passato.

Chiarita la posizione del giudice degli effetti, la sfida si sposta su come meglio attrezzarlo perché possa occuparla nella pienezza delle proprie facoltà e con le migliori competenze. L'impressione è che il punto più problematico del modello di giustizia penale sostenibile risieda non tanto nel rischio di sconfinamento del giudice degli effetti in ambiti funzionali diversi, bensì nelle difficoltà oggettive incontrate nel padroneggiare il proprio, che dipendono in particolare dagli strumenti conoscitivi e dalle risorse tecniche a sua disposizione. Un problema d'inadeguatezza del giudice penale potrebbe giustificare la consegna della terra di confine in cui si muove ad altri soggetti – i prefetti, le autorità amministrative indipendenti e altri soggetti pubblici dotati di competenze specifiche – meglio attrezzati a gestire i problemi connessi alle crisi aziendali.

PARTE II

DIRITTO PENALE E CRISI ECONOMICA

CAPITOLO III – LE ESPERIENZE DEL DIRITTO PENALE NELLA CRISI ECONOMICA

0. Proposta di classificazione delle esperienze del diritto penale nella crisi e premessa metodologica

Orientarsi nella multiformità delle esperienze del diritto penale dell'economia al tempo della crisi non è cosa agevole.

La crisi economica ci appare anzitutto come un *evento* economico di proporzioni *disastrose*, al quale sono legate delle *responsabilità*, e che dunque richiama *reazioni* (s'intende, di tipo *responsabilizzante*) anzitutto *politiche* e *sociali,* ma anche di tipo *giuridico* e, in particolare, di tipo *giuridico-penale*. La prima classe di esperienze (*Sezione I*) descriverà allora la reazione penalistica nei confronti dei fenomeni criminali che, inserendosi tra i fattori d'impulso della crisi, appaiono legati al "disastro finanziario" del 2008 da connessioni (*lato sensu*) causali.

Allo stesso tempo essa ci appare come un *contesto*, idoneo da un lato ad incidere sulla portata reale dei *fenomeni* criminali e dall'altro ad orientare le scelte politico-criminali, con particolare in riferimento ai *fenomeni* criminali "sensibili" al mutamento delle condizioni *macroeconomiche.* Per portare alla luce il rapporto che si determina tra particolari forme di devianza economica, il contesto di crisi economica e le decisioni sul punire che in questo contesto sono assunte è utile individuare una seconda ed una terza classe di esperienze.

La seconda classe (*Sezione II*) delinerà la risposta punitiva nei confronti di comportamenti economici penalmente rilevanti posti in essere sotto la spinta, diremmo *necessitante*, del contesto di *crisi economica*, e comunque sorretti dall'intento – unico o prevalente – di salvaguardare la continuità di un'attività d'impresa.

La terza classe (*Sezione III*) raccoglierà alcune esperienze di risposta punitiva verso quei comportamenti criminali orientati a scopi di *profitto* che nella contingenza macroeconomica di *crisi* trovano un'occasione "ideale" di proliferazione; la *crisi*

economica, dunque, più che agire come forza esterna che *compulsa* verso la violazione dei divieti penalmente sanzionati, offre un *incentivo motivazionale* a chi persegua finalità di guadagno tramite il delitto.

Prima di addentrarci nella trattazione di queste esperienze, una premessa metolodologica appare necessaria. Ci teniamo infatti a chiarire che, per la scelta delle esperienze che andranno a comporre il catalogo sopra abbozzato, senza fare ricorso al metodo della comparazione, opereremo delle incursioni all'interno degli ordinamenti dei Paesi che – come storia insegna – più direttamente hanno dovuto confrontarsi con le fenomenologie criminali connesse alla crisi economica e che meglio si prestano, pertanto, allo studio di ciascuna classe di esperienze.

Ci sembra dunque naturale che per studiare la risposta penalistica ai comportamenti variamente connessi – tramite una serie di reti "causali" complesse – all'*origine* della crisi finanziaria, la scelta ricada sugli Stati Uniti, ossia sull'ordinamento in cui storicamente si registra l'epicentro della crisi economica di cui ci occupiamo. Più di qualsiasi altro, l'ordinamento statunitense si è trovato a fronteggiare il problema della verifica delle responsabilità, anche penali, connesse alla crisi. Il problema, come vedremo, ha messo le autorità di quel Paese a dura prova, trovandosi a gestire un livello di *complessità* estremamente elevato, in relazione alle elevate aspettative sociali (cui il sistema giudiziario nordamericano, anche nella materia economica, è particolarmente sensibile), all'intrinseca difficoltà tecnica della materia, alla ristrettezza delle risorse, alle delicate implicazioni di tipo politico e, non ultimo, agli effetti stessi dell'intervento penale.

Guardando invece alla crisi economica come ad un *contesto* che agisce sui fenomeni politico-criminali e che orienta le decisioni sul punire, ci spostiamo negli ordinamenti che più hanno risentito, anche solo indirettamente, degli effetti della crisi.

L'ordinamento italiano ci appare, allora, come il terreno più indicato – ovviamente anche per ragioni di praticità[303] – per portare avanti lo studio dell'esperienza che riguarda i *compulsati* dalla crisi, ossia quei soggetti sui quali la situazione generalizzata di crisi, incidendo sul regolare svolgimento delle attività economiche, esercita una pressione, difficilmente resistibile, alla commissione di reati. Il sistema imprenditoriale italiano, basato sulla piccola e media impresa, è stato fortemente colpito da un lato dalla stretta fiscale operata dai governi per tranquillizzare i mercati del debito pubblico, dall'altro dalla stretta creditizia provocata dalle difficoltà di finanziamento delle banche negli anni della crisi (c.d. *credit crunch*), senza contare i rallentamenti nelle procedure

[303] Il nostro interesse comparatistico ci porterebbe ad osservare cosa è accaduto in ordinamenti che, similmente a quello italiano, hanno sperimentato una grave crisi dell'economia reale, primo fra tutti quello greco. Questo interesse non può tuttavia in questa sede essere assecondato; ci limitiamo perciò a segnalare, con profonde convergenze con quanto osserveremo nell'ordinamento italiano, gli scritti di N. CHR. BITHELI–M. CHR. BITHELI, *An evaluation of the Penal Law Act No. 1882/1990 considering un-paid debts to the state, during a period of economic recession*, in *Europe in Crisis*, cit., 115 ss.; K. DIMARELLIS, *Employer's criminal liability due to inconsistency in paying social security contributions during a financial crisis period*, *ivi*, 239 ss.; S. ANTONOPOULOU, *The Hellenic tax criminal law – basic principles and targets*, *ivi*, 1307 ss.; N.C. POUIS, *Non-payment of tax and other liabilities as a crime: fiscal crisis andthe limitations of criminal legislation*, *ivi*, 1419 ss.

di pagamento dei debiti della pubblica amministrazione. Sullo sfondo della crisi sperimentata dal settore produttivo, si sviluppano alcune esperienze giurisprudenziali per noi significative, segnate dalla necessità di raccordare la pretesa punitiva con il particolare *contesto* di commissione di alcuni illeciti tipicamente di "sopravvivenza" (ci riferiamo in particolare ai reati in materia di omesso versamento dell'Iva e delle ritenute certificate). Ancora una volta, dunque, la scelta dell'ordinamento di riferimento è subordinata alla possibilità di indagare un certo fenomeno all'interno del suo contesto naturale di emersione.

Infine, per studiare la reazione nei confronti dei *comportamenti criminali* che nella congiuntura economica di *crisi* incontrano un incentivo al delitto, *approfittando* (in particolare attraverso lo sfruttamento a proprio vantaggio della condizione di debolezza economica altrui) o anche solo lasciandosi *tentare* da tale contesto, per guadagnare posizioni di potere o comunque trarre profitti illeciti, sarà ancora una volta il caso di osservare quanto accaduto nell'ordinamento nazionale, questa volta in stretta connesione con l'ordinamento europeo. La scelta di ampliare il punto d'osservazione all'ordinamento europeo è legata, naturalmente, al ruolo assunto dall'Europa nella determinazione delle politica criminale nazionale, in particolare in materia economica. Il panorama europeo e nazionale appaiono ricchi di spunti e ci mostrano come il contesto di crisi economica abbia influito – invero, come vedremo, in senso non univoco – sull'impiego degli strumenti di giustizia patrimoniale penale a carattere ablatorio.

SEZIONE I – PRIMA CLASSE DI ESPERIENZE: LA RISPOSTA AI FENOMENI CRIMINALI "*CRISIS-RELATED*"

0. Premessa. Alcune note sull'eziologia *multifattoriale* della crisi economico-finanziaria del 2008

Sono passati ormai più di 10 anni dall'estate del 2007, quando la crisi del segmento dei mutui *subprime* ha innescato la più grave tra le crisi sperimentate dalle moderne economie di mercato. La gravità e la complessità della crisi è stata tale che molti aspetti ancora sfuggono alla comune comprensione. La portata dei suoi effetti, ad esempio, deve essere ancora completamente decifrata. Anche se le principali istituzioni internazionali sono ora concordi nel ritenere che la crisi – in base ai più recenti indicatori congiunturali – si sia arrestata, in molti Paesi, tra cui il nostro, lo *shock* da essa provocato è stato tale che il ritorno ai livelli produttivi e occupazionali antecedenti sembra ancora lontano da raggiungersi. Se non è ancora possibile trarre un bilancio definitivo dei danni prodotti, in termini di ricchezza distrutta o di risorse in vario modo sperperate, è perché questi danni continuano a prodursi.

Più chiare appaiono oggi le sue cause, dalle più generali alle più specifiche. Nel *Report* pubblicato nel 2009 dal gruppo *de Larosière*, istituito dalla Commissione Europea in risposta alla crisi globale, così come in quello del 2011 della *Financial Crisis Inquiry Commission* (FCIC) nominata dal Congresso degli Stati Uniti, queste dinamiche apparivano già esplorate[304]. I due *Report*, e i vari approfondimenti dottrinari condotti sul tema [305], riconducono tutti la crisi ad un'eziologia complessa e multifattoriale, respingendo una spiegazione monocausale.

Alla base della crisi si troverebbero, in particolare, una serie di squilibri macroeconomici, accumulatisi nei decenni precedenti, quando si registrava una crescita molto rapida dell'economia mondiale, minata però da una grande fragilità e vulnerabilità in rapporto al mutare delle condizioni finanziarie [306].

---

[304] Cfr. in particolare *Relazione de Larosière* (*The High-level group on financial supervision in the EU, chaired by Jacques de Larosière*), Brussels, 25 febbraio 2009, 7 ss. (reperibile qui: https://www.esrb.europa.eu/).

[305] Per un'analisi puntuale delle dinamiche della crisi, M. ONADO, *La crisi finanziaria internazionale: le lezioni per i regolatori,* in *Banca, Impresa e Società,* 2009, 1, 5 ss.; R. MASERA, *La crisi globale: finanza, regolazione e supervisione alla luce del Rapporto De Larosière,* in AA.VV., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni,* cit., 199 ss. e, nello stesso volume, gli interventi di A.M. TARANTOLA e M. ONADO nella sezione: *Interventi in tavola rotonda: Banca e mercato: quali prospettive?,* 175 ss. Nella letteratura penalistica, F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato,* enforcement e *sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2014, 6 ss.

[305] *Ivi,* 60.

[306] Vi è infatti ormai piena consapevolezza che se la crisi ha potuto diffondersi in modo così diffuso e con tanta intensità è stato a causa di questo tipo di squilibri, in particolare: *i)* una persistente carenza di

In questo quadro incontriamo poi, in linea con la visione più evoluzionista del sistema finanziario, la presenza di un'interazione pericolosa tra banche e mercati, gli intermediari di una finanza che, postulando una maggiore efficienza dei mercati finanziari rispetto alle banche nella gestione dei rischi, spinge affinché i prestiti erogati dagli istituti bancari, invece di essere tenuti in portafoglio (modello *originate to hold*), siano rapidamente cartolarizzati e venduti su un mercato secondario (modello *originate to distribute*). In tal modo le banche operano non più come investitori finali, ma come intermediari puri nella creazione di strumenti finanziari da scambiare su mercati *over the counter*. Per di più, rinveniamo una gestione scorretta di questo modello, in sé pericoloso. Erogando il credito per cederlo, anziché per tenerlo, le banche d'investimento non sono incentivate ad acquisire l'informazione sul merito di credito del debitore, aggiornarla nel tempo e trasmetterla accuratamente.

È così accaduto che le banche statunitensi, senza i corretti incentivi a selezionare e controllare gli affidati, abbiano proceduto ad abbassare gli *standard* creditizi, provvedendo poi subito a cartolarizzare i prestiti e a rivenderli sul mercato globale ai più diversi acquirenti: assicurazioni, fondi pensione, risparmiatori privati e, soprattutto, le banche stesse, le quali hanno così finito per rivestire il ruolo di principali *shock transmitters* della crisi. Nel frattempo le *agenzie di rating*, coinvolte in pesanti conflitti d'interesse, continuavano ad offrire giudizi sistematicamente ottimistici, assegnando basse probabilità di *default* a titoli invece molto rischiosi; le autorità di vigilanza e di regolazione del mercato tacevano.

1. Breve fenomenologia delle condotte potenzialmente criminali connesse allo scandalo dei mutui *subprime*

La spiegazione sistemica e multifattoriale della crisi, cui ci sentiamo di aderire completamente, non esclude *a priori* la possibilità di rintracciare, nelle sue diverse trame, anche un intreccio di condotte illecite, che possiamo dire *causalmente* legate alla crisi soltanto in senso *atecnico* (ossia senza invocare, neppure lontanamente, la consistenza di un giudizio causale di tipo *nomologico*); se infatti è ovvio che la crisi economica sia più il risultato di un mancato o non corretto calcolo dei rischi e di una deregolamentazione sfrenata del settore finanziario[307], d'altra parte – e pur ponendoci in un'ottica di rifiuto di ogni visione *pangiuridica* della realtà sociale[308] – non si può

risparmio in alcuni tra i principali paesi sviluppati, cui avevano fatto riscontro ampi disavanzi della bilancia dei pagamenti finanziati con capitali provenienti dal resto del mondo; *ii*) le politiche monetarie accomodanti che avevano consentito in più paesi una crescita eccessiva degli aggregati creditizi e il conseguente aumento del grado di indebitamento delle famiglie e di alcune categorie di intermediari non bancari; *iii)* l'accresciuta disponibilità di strumenti finanziari nuovi e complessi che hanno moltiplicato gli effetti della liquidità immessa nel sistema, contribuendo a mantenere su livelli anormalmente bassi i tassi d'interesse, volatilità e costi di protezione dell'insolvenza. Cfr. A.M. TARANTOLA, *Intervento in tavola rotonda,* cit., 176 ss.

[307] Cfr. ad es. L. K. GRIFFIN, *Inside-Out Enforcement*, cit., 125.

[308] Teniamo ben salda la nostra posizione di «rifiuto di ogni visione pangiuridica della realtà sociale, di ogni identificazione di questa con la forma giuridica, di ogni sopravalutazione del compito che spetta al

negare che si tratti di un fatto *economico* in qualche misura *relato* anche ad una serie di comportamenti dotati di astratta rilevanza criminale, da ricondursi al *genus* della "frode su strumenti finanziari".

Incontriamo in proposito una distinzione, seguita dalle stesse agenzie di controllo statunitensi[309], tra due principali fenomenologie (potenzialmente) criminali connesse alla crisi dei mutui *subprime*.

Troviamo anzitutto le c.d. *mortgage frauds*, vale a dire le frodi commesse da parte dei mutuanti (*borrowers*) o di mediatori a danno degli istituti di credito (in veste di *originators*), mediante travisamento o omissione di informazioni su una richiesta di mutuo, finalizzate a indurre in errore il prestatore che, qualora a conoscenza dell'informazione corretta, non avrebbe concesso il mutuo. Le *mortgage frauds* vengono suddivise in due categorie principali: la *fraud for housing* e la *fraud for profit*[310]. Nel primo caso colui che rende l'informazione falsa agisce allo scopo di ottenere un singolo prestito da destinare all'acquisto di una casa, coltivando comunque l'intento di rimborsare il prestito alla scadenza. Viceversa, nel secondo caso l'agente tende a porre in essere schemi elaborati, coinvolgendo terzi soggetti che vengono pagati per la loro partecipazione, al fine di ottenere plurimi prestiti finalizzati ad acquistare case e rivenderle a prezzi rialzati.

> Ora, la grande diffusione di questo tipo di *misrepresentations* era notoriamente dovuta al fatto che la concessione di mutui non sicuri (*subprime*) veniva spesso incoraggiata dagli stessi istituti di credito in veste di *landers*. Questi, quando non conoscevano la situazione del *borrower*, comunque tendevano a non attivare alcun tipo di controllo. Quanto detto fa sorgere seri dubbi in merito possibilità di configurare lo schema tipico di una *fraud*, il quale richiede l'emersione della *reliance* (elemento che, nel linguaggio di *common law*, riassume l'idoneità ingannatoria del comportamento quale necessario presupposto dell'induzione in errore) del soggetto passivo. Non solo, ciò potrebbe condurre a rivedere il ruolo del rappresentate dell'istituto di credito coinvolto, da presunto soggetto passivo della *mortgage fraud* a *conspirator* di uno schema fraudolento commesso ai danni, questa volta, dei creditori della banca.

La seconda fenomenologia s'innesta nella fase della c.d. *securitization*, in cui i *mutui ipotecari* vengono accorpati per essere poi cartolarizzati in strumenti finanziari (c.d. *residential mortgage-backed securities*, RBMs), in seguito spacchettati e suddivisi in micro-porzioni, le quali possono andare a combinarsi, attraverso particolari meccanismi di ingegneria finanziaria, con altri strumenti di debito all'interno di strumenti finanziari più complessi (c.d. *collateralized debt obligations,* CDOs). È in questa seconda fase che possono annidarsi le più pericolose *securities fraud*, termine qui utilizzato in senso generico, ad indicare l'insieme di illeciti (*wrongdoings*) connessi al confezionamento,

---

diritto tra i fattori cui è affidato il progesso umano»: cfr. A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, 20.

[309] Cfr. K. L. PERKINS, *Assistant Director, Criminal Investigative Division – Federal Bureau of Investigation* (FBI) – *Statement Before the Senate Judiciary Committee, Washington, DC*, 09 December 2009, reperibile qui: https://archives.fbi.gov/archives/news/testimony/mortgage-fraud-securities-fraud-and-the-financial-meltdown-prosecuting-those-responsible.

[310] *Ibidem.*

alla vendita e alla valutazione (*packaging, selling, and valuing*) delle c.d. *mortgage-related securities* (categoria che racchiude tanto i RBMs quanto i CDO*s*). Non è peraltro affatto detto che la commissione di una *securities fraud* implichi la commissione, a monte, di una *mortgage fraud*, ossia che il titolo sia costruito su mutui concessi in virtù di comportamenti fraudolenti posti in essere – in via principale – da un *borrower* o da un intermediario. È sufficiente invece che la rappresentazione del valore del titolo, offerta in comunicazioni ufficiali destinate alle autorità di vigilanza, al pubblico degli investitori potenziali o anche a investitori determinati, non corrisponda al valore effettivo del titolo.

Quando ci interessiamo dei comportamenti *crisis-related* – ossia legati, da un intreccio di reti causali complesse, alla crisi economico-finanziaria del 2008 –, intendiamo riferirci segnatamente a questa seconda classe di comportamenti, attribuibili a coloro che, con condotte di tipo attivo ed anche omissivo hanno alimentato (dall'alto) il rischio della crisi, tessendo le reti umane, materiali ed informatiche che hanno poi permesso la realizzazione della non calcolabile serie di frodi finanziarie alla base dello scandalo dei *mutui subprime*; comportamenti, dunque, attribuibili alle maggiori cariche direttive operanti negli istituti di credito e nelle agenzie di *rating*, nonché – secondo i meccanismi di ascrizione che conosciamo – agli *enti* appena nominati, incaricati di impedire, tramite misure organizzative, la commissione di reati in materia finanziaria.

1.1. Un pronostico sull'andamento della reazione punitiva nei confronti dei comportamenti crisis-related

In uno scritto apparso ad un solo anno di distanza dallo scandalo dei *mutui subprime*, *Mario Romano*, rivolgendo l'attenzione ai processi in corso negli Stati Uniti, si domandava se vi fosse un rapporto, e quale, tra crisi finanziaria e diritto penale[311]. Riportava, in questo scritto, l'opinione di alcuni secondo cui era da escludersi qualsiasi tipo di rapporto, ravvisando nella crisi, quale portato di umana «ingordigia, vanagloria, superficialità», un campo di esclusiva competenza della *morale* e *non* del *diritto*. Non proprio persuaso da siffatta argomentazione[312], per *Romano* erano altri i *fattori* che mettevano fuori gioco il diritto penale davanti alla crisi economica.

---

[311] M. ROMANO, *Crisi finanziaria e diritto penale,* in *Jus,* 1, 2009, 59 ss.

[312] È anzi estremamente probabile che, laddove si pone una questione morale, sia richiesto l'intervento penale. Sulle interazioni tra diritto penale e morale, D. PULITANÒ, *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2006, 55 ss. Altra cosa è ovviamente affermare l'opportunità di una tendenziale autonomia del diritto dalla morale: cfr. C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 3 ss., in particolare 7 ss. «compito del diritto penale non è la promozione della morale, della religione o di una determinata ideologia o visione del mondo, ma in via esclusiva la salvaguardia della sicurezza individuale e della pace sociale. Il postulato che il diritto penale debba occuparsi soltanto di condotte socialmente dannose, e non di condotte moralmente riprovevoli, dovrà pertanto informare di sé, come già oggi accade, il diritto penale del futuro»; A. BARATTA, *Positivismo giuridico*, cit., *passim*; H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964.

Tra questi *fattori*, in particolare, la presenza di una «massa cosmopolitica di protagonisti attivi della crisi: finanzieri, banchieri, *managers*, letteralmente di tutto il modo, di là e di qua dall'Oceano, negli scatenati Stati Uniti (…) come nella nostra Europa, senza dimenticare l'Asia, con un effetto-contagio gigantesco che rimarrà a monito per le generazioni future»[313]. Alla classe dei protagonisti attivi, *Romano* ascriveva ovviamente anche le agenzie di *rating* che, invece di lanciare segnali d'allarme, sino all'ultimo avevano «insignito dell'ambita tripla A o equivalente le obbligazioni di istituzioni finanziarie ultrablasonate ma già chiaramente decotte»[314]. Ai protagonisti attivi affiancava poi quelli *omittenti,* i quali, investiti di una sorta di posizione di garanzia nei confronti dei cittadini e degli investitori, avrebbero dovuto impedire il sopraggiungere di una crisi di tale portata: «i controllori interni delle diverse istituzioni ma anche le diverse autorità nazionali di regolazione dei mercati dei singoli Paesi»[315]. E in questo scritto finiva così col chiedersi se fosse mai ragionevole confidare nella possibilità di verificare davvero una tale massa di condotte.

La risposta era ovviamente negativa, eppure, rivolgendo l'attenzione ai procedimenti in corso nell'ordinamento statunitense, *Romano* si aspettava, sulla scorta delle notizie di stampa di quegli anni, che le condanne sarebbero arrivate certamente, e che sarebbero state verosimilmente «non poche»; seguiva comunque il lucido pronostico della scarsa probabilità che i processi nei confronti dei soggetti che avevano in qualche misura *promosso* la crisi avrebbero scavato «realmente in profondità, per i rischi che inevitabilmente correrebbe la stessa stabilità delle istituzioni economiche, che assurge al rango di bene assolutamente primario per lo stesso indispensabile rilancio dell'economia»[316].

Insomma, nel pronostico di *Romano*, i comportamenti criminali alla base del *disastro economico-finanziario* del 2008 avrebbero ricevuto una risposta solo parziale, per l'essenziale ragione che punirli sarebbe stato controproducente per lo stesso sistema economico impegnato in quel momento ad uscire dalla crisi[317].

2. *Excursus*. La crisi del 2008 come "disastro finanziario"? La tendenza a risolvere mediante *pena* il conflitto sociale generato dal "disastro"

[313] M. ROMANO, *Crisi finanziaria e diritto penale,* cit., 59.
[314] *Ivi,* 60.
[315] *Ibidem.*
[316] *Ivi,* 60-61.
[317] In termini simili anche A. ALESSANDRI, *Delitti e pene nello scenario della crisi*, cit., 122: «se si dovessero reclamare robuste sanzioni penali o un'applicazione estesa o più rigorosa di quelle esistenti, la recente crisi, quella che parte tra il 2007 e il 2008, finirebbe per mettere sul banco degli imputati la gran parte delle istituzioni economiche e finanziarie: gli istituti bancari, gli intermediari finanziari, le assicurazioni, tutti soggetti che hanno movimentato montagne di carte il cui valore nominale era enormemente lontano dal «sottostante», con un tasso di rischiosità elevatissima quanto inconoscibile. Evidentemente i vari sistemi nazionali, i vari ordinamenti non sono nelle condizioni di permettersi un'atto di accusa di questo genere, nel momento in cui la stentata ripresa delle attività economiche e produttive dipende proprio, e nuovamente, da quegli attori che sono stati i creatori della crisi stessa».

La piega particolare assunta dagli eventi della risposta punitiva nei confronti dei promotori della crisi non ha smentito affatto il pronostico di *Mario Romano*, che appare tanto più lucido perché non scontato, a fronte della tendenza, registrata nell'ambito di altri "disastri" finanziari – ovviamente diversi e di minor portata rispetto a quello di cui ci occupiamo (pensiamo a *Enron*, *Arthur Andersen, Worldcom*), ad adoperare lo strumento della *pena* senza sconti e senza particolare riguardo né per le garanzie degli imputati[318], né per le conseguenze economiche e sociali derivanti dall'applicazione di pene incapacitanti, in particolare nei confronti dell'ente[319]. A seguito dello scoppio della c.d. *Dot-com Bubble* del 1999-2000, abbiamo assistito a processi portentosi, generalmente sfociati, anche se talvolta a distanza di molti anni, in condanne strabilianti per i *top manager* delle aziende, a fronte di pene detentive inusitate per la materia dei reati economici. Solo per citare i più famosi, per la frode finanziaria alla base dello scandalo *Enron, Bernard Madoff* è stato condannato a 150 anni di carcere; per *Worldcom*, il CEO e fondatore *Bernard J. Ebbers,* oltre ad aver subito la confisca dell'intero patrimonio, sta scontando 25 anni di carcere.

Esperienze di questo tipo ci ricordano di come il diritto penale, attraverso l'esercizio del magistero punitivo, tenda naturalmente, in occasione di un "disastro", ed in particolare di un disastro "tecnologico"[320] caratterizzato da *gravità, estensione, complessità, diffusività*, *difficoltà di contenimento* ed *alto numero di vittime*, ad assumere su di sé il problema della soluzione del conflitto sociale generato dal disastro stesso.

Le dinamiche alla base di questa reazione sono state ampiamente studiate da parte di illustri sociologi e studiosi di psicologia sociale. *Ulrich Beck* ci ha spiegato come la società del rischio sia, per definizione, la società del "capro espiatorio": l'astrattezza del pericolo e l'impotenza nei suoi confronti favoriscono «reazioni radicali e fanatiche e correnti politiche che fanno degli stereotipi sociali, con i relativi gruppi di persone, dei parafulmini per gli invisibili pericoli inaccessibili all'azione diretta»[321]. *Adriano Zamperini* ci ha spiegato il meccanismo "psicologico" sottostante all'individuazione di un *soggetto responsabile*, che è quello di «*attribuire eventi negativi a fattori causali*

---

[318] Cfr. P. J. HENNING, *Making Sure "The Buck Stops Here": Barring Executives for Corporate Violations,* in 91 U. Chi. Legal F. (2012),104 («*The criminal law has come to be seen by many, including legislators, as just another tool to police business practices that were usually not subject to the scrutiny of law enforcement, and the logical result is to look for a few scapegoats to be thrown in jail*»); ID., *Prior Good Works in the Age of Reasonableness,* in 20 *Fed. Sent'g Rep*. (2008), 187 (sottolineando il "doppio standard" di giudizio adottato nei confronti di Bernie Ebbers per *WorldCom*, Jeffrey Skilling per *Enron,* John Rigas per *Adelphia,* Sanjay Kumar per *Computer Associates*, and Walter Forbes per *Cendant*); G. S. MOOHR, *Prosecutorial Power in an Adversarial System*, *Lessons from Current White Collar Cases and the Inquisitorial Model*, in 8 *Buff. Crim. L. Rev*. (2004), 168 ss.

[319] Sulla vicenda *Arthur Andersen*, v. *supra.*

[320] F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale,* Giuffré, 2004. Il disastro *tecnologico* è qui definito come «un evento concentrato nel tempo e nello spazio, cagionato dall'impiego di tecnologie complese, che minaccia una società e che comporta gravi e indesiderate conseguenze sulla vita e sull'integrità fisica e psichica di esseri umani, come risultato del collasso di precauzioni fino a quel momento culturalmente accettate come adeguate» (*ivi,* 5).

[321] U. BECK, *La società del rischio,* cit., 98.

controllabili», quale momento che salva la società dal senso di impotenz*a* e di assenza di controllo sul mondo[322].

Tra i penalisti, *Federico Stella* e, sulle Sue orme, *Francesco Centonze* hanno indagato le dinamiche *punitive* di fronte ad una *tempesta emotiva* scatenata da un *disastro*, confermando la traduzione del bisogno di sicurezza in un *bisogno di pena*, al quale il sistema giudiziario tende prontamente a rispondere individuando un capro espiatorio[323]. L'avveramento del rischio, comunemente accettato – se non addirittura consapevolmente sfruttato – *prima* della verificazione del macro-evento lesivo, provoca una *shock* nella società, la quale tende a reperire nello strumento *punitivo* un sistema di *superamento* del turbamento collettivo. Condotte che prima della verificazione del disastro apparivano *non* meritevoli *e non* bisognose di pena (almeno in senso *affettivo*) [324] , perché dotate di una qualche *desiderabilità sociale*, divengono improvvisamente *meritevoli* e *bisognose* di pena[325], alla luce del danno verificatosi.

---

[322] A. ZAMPERINI, *Psicologia sociale della responsabilità. Giustizia, politica, etica e altri scenari*, Utet, Torino, 1998, 64.

[323] F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffré, Milano, 2001, 553 ss.

[324] Cfr. D. PULITANÒ, voce *Politica Criminale,* in *Enc. Dir.,* XXXIV, 1985.

[325] La *meritevolezza* e il *bisogno di pena* rappresentano due categorie centrali dell'analisi penalistica, e tuttavia da un lato ancora in cerca di una definizione unitaria, dall'altro non sempre investite da pieno consenso, per il loro orientamento alla dimensione *sostanziale* del reato, sfuggendo invece ad un inquadramento di tipo *formale*. Le difficoltà nel trovar loro collocazione all'interno della teoria del reato (in particolare, nel "quarto" elemento della *punilibità* in concreto) sono, con tutta evidenza, dovute al fatto che entrambi i parametri «sembrerebbero porsi alla base delle stesse "ragioni" del punire, e che dunque essi difficilmente potrebbero prestarsi, al contempo, a figurare quali "elementi" propri del "reato" che (pur) abbia tratto origine da quelle valutazioni» (cfr. G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, Giappichelli, Torino, 2016, 2-3). Ecco allora perché – dovendo noi interrogarci sulla legittimità delle scelte sull'utilizzo della *pena* in risposta a determinati comportamenti devianti, in rapporto al *contesto* della loro realizzazione – i due parametri ci tornano utili. Rifacendoci alla letteratura italiana sul tema, che per larga parte poggia sull'elaborazione della dottrina tedesca degli anni '80 (ad es. K. VOLK, *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, in ZSTW, 1985, 887 ss.; H. ALWART, Strafwürdiges Versuchen, Berlin, 1982, 30 ss.; H. OTTO, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?*, *in Gedächtnisschrift für H. Schröder*, München, 1978, 53 ss), la categoria della *meritevolezza* di pena esprime essenzialmente la legittimazione ultima della *natura "penale"* di un divieto. Benché la sua definizione rimanga piuttosto vaga, la categoria tende a includere valutazioni attinenti al *disvalore* di un certo comportamento, compendiando dunque anche l'istanza della *politica dei beni giuridici*; dal punto di vista della sua sistemazione, essa è tendenzialmente ancorata alla dimensione *legislativa* delle scelte sul punire, dunque al momento della "creazione della figura criminosa", ed esprime una *prospettiva retribuzionistica*, essendo dunque sganciata da valutazioni circa gli scopi della pena. La categoria del *bisogno* di pena è affetta da una *polisemia* maggiore e, quindi, da un'incertezza più marcata. Muovendoci sempre nella letteratura italiana, alcune voci tendono ancora ad ascriverla al momento *legislativo*, taluni separandola concettualmente dalla *meritevolezza* di pena (il *bisogno* di pena indicherebbe, rispetto alla *meritevolezza* di pena, la *specifica* necessità della *pena* rispetto ad altri strumenti di controllo sociale, cfr. C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit., 448 ss.), talatri invece propugnandone una sostanziale assimilazione (M. ROMANO, *«Meritevolezza di pena»*, «*bisogno di pena*» *e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1992, 41, per il quale nella prospettiva legislativa *meritevolezza* e *bisogno* di pena «non sono pensabili *se non indissolubilmente legati l'una all'altro*».). Altre voci affermano che la categoria del *bisogno* di pena servirebbe, sul piano del diritto penale già posto, a distinguere i casi in cui una pena *meritata* – per la corrispondenza del comportamento criminale alla figura che lo incrimina – per le più diverse ragioni non sia *bisognosa* di pena nel caso concreto, anche per la presenza di altri strumenti di controllo sociale (civili o amministrativi) che, in applicazione del

Questo bisogno di pena "aggiornato" alla verificazione del disastro tende a superare, nel giudizio penale, l'accertamento della presenza dei necessari profili oggettivi e soggettivi di responsabilità, normalmente necessari alla pronuncia di una sentenza di condanna.

La legalità sostanziale e processuale tende così ad essere piegata all'ansia di "giustizia" espressa dalla popolazione colpita dal disastro, purché dei *colpevoli* del disastro siano reperiti e puniti intensamente, secondo un'idea di proporzione calibrata sulle dimensioni del danno "accaduto", piuttosto che sulla responsabilità personale del soggetto. Questo utilizzo del diritto penale però, oltre a risultare contrario al principio *umanista* che dovrebbe guidare il *diritto penale*, trasformando l'imputato in un *mezzo* per la «disintossicazione collettiva dalla paura»[326], contribuisce a diffondere un senso di *irresponsabilità generalizzata*, bloccando la spinta collettiva all'autoregolamentazione.

È vero che questa reazione "tipica" da contesto "disastroso" è più facile da rinvenirsi e commentarsi in costanza di eventi e di processi penali di altro genere rispetto a quelli che osserviamo, volti – sullo sfondo di un evento dannoso o pericoloso per l'incolumità o la salute pubblica – ad accertare la presenza di un disastro in senso "tecnico-penale" [327]. Il "disastro", in questi processi, non è infatti soltanto un elemento per così dire

---

principio di *extrema ratio*, già offrano risposta all'illecito. In sostanza, la categoria del *bisogno* di pena accomunerebbe tutte le vicende e circostanze che incidono sulla *punibilità* di un comportamento penalmente previsto, interrompendo il normale avvicendarsi tra reato e pena (G. VASSALLI, *La punizione dell'insider trading*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1992, 32 ss.). Resta comunque il fatto che, nell'accezione in cui è comunemente inteso, il *bisogno* di pena tende a rispondere ad esigenze di tipo *razionale*, ossia a rapportarsi all'esigenza della pena alla luce di particolari scopi general o special preventivi.

[326] F. STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 553.

[327] Nella prospettiva più strettamente giuridico-penale, il «disastro» rappresenta un precipitato del concetto di *pericolo comune*, il quale postula la diffusività di un certo tipo di danno e l'indeterminatezza delle vittime potenziali, ossia un danno qualificato dal pericolo, al quale risulta estraneo il danno a beni personali di uno o più individui determinati (così A. GARGANI, *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni,* in *Cass. pen.*, 7-8, 2016, 2705 ss.). Anche in questa accezione, il concetto si presta ad accogliere dinamiche offensive diffusive che non sono preventivamente misurabili o controllabili e di cui non è possibile determinare con precisione il punto di caduta rispetto ad esiti determinati; e tuttavia, perché il disastro possa rilevare come evento – di danno o di pericolo – cui si colleghi la punizione di condotte causalmente orientate, esso dovrebbe essere inteso in termini più ristretti rispetto a quelli suggeriti dal senso comune o dalle categorie empirico-criminologiche. Guardando al significato che il concetto di *disastro* assume nell'ordinamento italiano, lo sforzo della dottrina è andato nel senso di ricostruire, per mezzo di un'interpretazione sistematica, e dunque a partire dalle varie figure legislativamente tipizzate, alcuni caratteri costanti e qualificanti del disastro, da individuarsi nella sua *gravità, estensione, complessità, diffusività e difficoltà di contenimento* dell'evento di danno. Se alla base del disastro rimane dunque la pluridirezionalità e l'incontrollabilità dei molteplici processi causali, i quali si materializzano nella diffusività del danno materiale, il disastro considerato ai fini delle incriminazioni a tutela dell'incolumità pubblica o della salute pubblica dovrà comunque essere caratterizzato – sì da un macro-evento di danno alle cose e da una proiezione teleologica verso il pericolo collettivo – ma anche da una unità spazio-temporale tale da consentire comunque l'accertamento nel processo delle sue cause (cfr. S. CORBETTA, *Il "disastro innominato"*: una fattispecie "liquida" in bilico tra vincoli costituzionali ed esigenze repressive, in *Criminalia*, 2014, 291 ss.). Da qui le critiche a quella giurisprudenza (emblematica la sentenza sul caso di *Porto Marghera*, Cass. pen., Sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, in *Foro it.*, 2007, 10, II, 550 ss. con nota di R. GUARINIELLO) che, limitandosi a individuare i caratteri del *disastro* nella diffusività del danno e nella indeterminatezza dei destinatari, non si è premurata di circoscrivere la figura del disastro innominato (l'«altro disastro» di cui all'art. 434 c.p.) ad un evento eccezionale caratterizzato dall'istantaneità e immediatezza dell'offesa collettiva, aprendo di conseguenza il tipo criminoso anche a fenomeni (in particolare, l'inquinamento ambientale) caratterizzati da una manifestazione carsica, a

"ambientale" della vicenda giudiziaria, ma è l'evento di danno (o di pericolo) che il giudice dovrà essere in grado di collegare *oggettivamente* e *soggettivamene* all'azione (o all'omissione) degli imputati.

Tuttavia la tipica reazione *punitivista*[328] da "contesto disastroso" (dove il concetto di *disastro* è inteso in un'accezione esclusivamente *empirico-criminologica*), non è estranea – si direbbe anzi che fa parte della *normalità* – neppure ai processi sui grandi *crack* finanziari, dove ovviamente non si tratta di punire qualcuno *per* il disastro finanziario, ma di reperire responsabilità per singoli fatti delittuosi *associati* al "disastro finanziario"[329].

> Ci pare appena il caso di sottolineare che l'ordinamento statunitense non contempla, come non lo contempla il nostro, una fattispecie incriminatrice che consenta di punire qualcuno *per* aver causato (o per non aver impedito) un disastro finanziario; e non è certo nostra intenzione alludere (anzi, ci guardiamo bene dal farlo!) ad una nozione di *disastro finanziario* funzionale all'enucleazione – *de lege lata* o *de lege ferenda* – di una qualche fattispecie incriminatrice causalmente orientata alla verificazione di un "*disastro finanziario*" [330].

Ebbene, non vi è dubbio che la *crisi economica* del 2008 possa essere descritta nei termini di un *disastro*, inteso quale evento di portata lesiva a carattere *massivo*, capace

---

sviluppo progressivo, i quali non consentono in alcun modo di comprendere come e in quale arco di tempo si sia verificato l'evento, nonché il peso e la rilevanza assunte dal contributo dei singoli imputati.

[328] Sulla dicotomia *punitivismo/garantismo* v. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Laterza, Roma-Bari, 2011, 467.

[329] Senza contare che il volto *punitivista* del diritto penale vede sempre nella materia fallimentare un palcoscenico particolarmente alla propria espressione. Cfr. C. PEDRAZZI–F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216-227,* in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare,* Zanichelli, Bologna, 1995, ora in ID., *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia,* vol. III, Giuffrè, Milano, 2003, 419 ss.

«Non è raro, nella prassi giudiziaria, che il processo penale per bancarotta assuma le cadenze fobiche del rituale espiatorio, reazione istintuale del "sistema" al trauma dell'insolvenza e ai conseguenti clamori».

[330] A noi pare infatti che disastri finanziari del tipo di quello della crisi de 2008, ma anche disastri più contenuti nelle loro dimensioni e nei centri di "caduta" finanziaria (appunto, il *crack* finanziario di grandi imprese e istituti di credito), più correttamente si lascino descrivere come eventi tendenzialmente occulti, di lunga latenza e a esteriorizzazione/percezione differita. Trattasi quindi, riprendendo il discorso svolto nella nota che precede, di avvenimenti maggiormente assimilabili al fenomeno dell'inquinamento ambientale (il quale, pur divenendo socialmente percepibile in un momento storico determinato, si estenda temporalmente nel suo prodursi ben prima e ben oltre il momento della sua emersione), rispetto a un incidente ferroviario, a un disastro aviatorio, a un naufragio, ma anche a un'inondazione o ad una frana, avvenimenti questi ultimi il cui carattere di immediatezza e percepibilità non è scalfito dalla possibile presenza di un lungo stato di latenza (la frana piò essere anticipata da spostamenti impercettibili che durano anni e l'inondazione da un lentissimo estendersi delle acque in territori emersi). Inoltre, a prescindere dall'aspetto dell'unitarietà *spazio-temporale* quale elemento distintivo del disastro, per poter pensare di ricondurre i *crack* finanziari (e maggior ragione una crisi della portata di quella del 2008) entro la nozione di «disastro» penalmente rilevante, rimarrebbe la necessità di poter verificare in giudizio le correlazioni causali che hanno provocato. Siamo infatti convinti che di fronte ad un totale *deficit* di verificabilità processuale delle serie causali di un dato evento, il diritto penale, incapace di offrire tutela senz'anche tradire il nucleo fondamentale dei suoi principi, dovrebbe fare un passo indietro, lasciando spazio ad altri strumenti di controllo sociale più adatti a fronteggiare i rischi tecnologici – quale che sia il loro ambito d'incidenza, ma a maggior ragione quando ad essere messi in pericolo non siano beni quali la vita e la salute delle persone – della *post*-modernità.

di perturbare seriamente il funzionamento della società («*seriously disrupting the functioning of society*»)[331], in presenza del quale la società, e le agenzie di controllo penale a seguire, *normalmente* tendono a innestare una violenta risposta punitiva, a carattere tendenzialmente *selettivo*, diretta a risolvere (in modo *conflittuale*) il conflitto sociale generato dal disastro.

Ebbene, possiamo qui anticipare che nel contesto della *crisi economico-finanziaria* il paradigma empirico-criminologico del *disastro* non si è attivato. Non solo non sono stati sottoposti a *pena* i presunti "colpevoli", ma la macchina penale dell'ordinamento *statunitense* – in apparenza congegnata per seguire dinamiche di tipo *espressivo-comunicativo* – è rimasta, per larga parte, *inattiva.*

È allora con questa *fuga* dal diritto penale che noi dovremo confrontarci, non certo perché ci dispiaccia l'eccezionalità dell'avvenimento, tutt'altro, ma perché c'incuriosisce capire come e perché la macchina penale abbia preferito rispondere alla crisi in modo diverso dal solito.

3. Il sistema repressivo statunitense in materia di frodi su strumenti finanziari. La base legale della reazione punitiva del *post*-crisi

Abbiamo detto che scegliamo come terreno di elezione per l'analisi della reazione punitiva nei confronti dei comportamenti *crisis-related* l'ordinamento statunitense[332].

---

[331] Gli studi condotti nell'ambito della c.d. *disaster law*, hanno dato come frutto l'elaborazione di una nozione di disastro (in particolare di *mass disaster*) cui s'ispira anche il progetto di articolato approvato nel 2014 dalla Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite in materia di protezione delle persone in caso di disastro. Attraverso una formulazione ampia ed onnicomprensiva, in questo testo il disastro è definito quale «*calamitous event or series of events resulting on widespread loss of life, great human suffering and distress, mass displacement, or large-scale material or environmental damage, thereby seriously disrupting the functioning of society*». Benché fortemente sbilanciata nel senso della tutela dei beni primari delle persone quali la vita e la salute, la nozione in esame sembra lasciare aperti ampi margini all'inclusione di ogni tipo di disastro, facendo riferimento ad ogni tipologia di effetti dannosi (umani, materiali, ambientali), a prescindere dalla causa naturale o antropica dell'evento (quindi a prescindere dal fatto che esso sia originato da un grande incidente di origine umana oppure da una catastrofe naturale), purché esso abbia carattere calamitoso, essendo quindi capace di colpire molte persone o intere comunità, e purché abbia quale effetto quello di perturbare seriamente il funzionamento della società («*seriously disrupting the functioning of society*»). Nel commentario allegato all'articolato si è sentito il bisogno di precisare che la definizione non include «*other serious events, such as political and economic crises, which may also undermine the functioning of society but which are outside the scope of the draft articles*». Proprio la necessità di questa precisazione, svolta agli specifici fini della normativa in cui la definizione è enucleata, offre tuttavia conferma indiretta dell'astratta riconducibilità alla nozione di disastro ad avvenimenti diversi dall'incidente umano o della catastrofe naturale, quali appunto le crisi economiche, purché presentino carattere diffusivo e l'astratta capacità di alterare le condizioni di sviluppo di una certa comunità umana.

[332] Per quanto riguarda il Regno Unito, per considerazioni sulla possibilità di applicazione del *Fraud Act* inglese del *2006* alle condotte *crisis-related*, v. J. FISHER QC–C. CREGAN, J. DI GIULIO–J.SCHUTZE *Economic crime and the global financial crisis*, in *Law and Financial Markets Review,* July 2011, 276 SS. Sempre in connessione alla repressione di condotte di piazzamento di strumenti finanziari caratterizzati da un livello di rischio superiore a quello emergente, si veda anche V. KREY, *Financial Crisis and German Criminal Law. Responsibility of Managers for Highly-Speculative Trading with Obscure Asset-Backed Securities Based on American Subprime Mortgages,* in 49 *Rechtspolitisches Forum Legal Policy Forum* (2009), 5 ss., il quale analizza le virtualità applicative del reato di *breach of trust* (*Untrue*).

Poiché il profilo che a noi più interessa attiene alla criminalizzazione *in concreto* di questi comportamenti, non è possibile procedere nello studio senza prima aver definito il fondamento *astratto* della pretesa punitiva delle agenzie di controllo in questo ordinamento.

Ciò impone di presentare il quadro della normativa penalistica vigente negli Stati Uniti, diretta ad accogliere l'incriminazione di condotte riconducibili alla fenomenologia delle frodi su strumenti finanziari più sopra descritta.

L'identificazione della disciplina di riferimento esige alcuni chiarimenti preliminari. Dobbiamo esplicitare in particolare che la rassegna normativa sarà condotta esclusivamente all'interno dell'ordinamento federale, lasciando invece da parte l'analisi delle singole normative statali (c.d. *blue skies laws*), le quali, oltre a richiedere uno sforzo descrittivo che sarebbe impossibile in questa sede, non sembrano neanche tornare utili al nostro studio, considerata la dimensione finanziaria delle condotte illecite, che supera strutturalmente i confini del singolo Stato membro[333]. Occorre inoltre precisare che tale rassegna non ha comunque la pretesa di tratteggiare il complesso assetto del sistema repressivo americano sulle *securities frauds*[334], il quale presupporrebbe anche un'attenta analisi della giurisprudenza in materia; sarà sufficiente, ai nostri fini, attingere per lo più esclusivamente all'interno della *law in the book.*

Nonostante le delimitazioni che abbiamo proposto, il quadro normativo di nostro interesse si presenta copioso e variegato.

La normativa applicabile in materia è da reperirsi all'interno di due diversi titoli dell'*U.S. Code*: il *Title* 15 (intitolato *Commerce and Trade*), in cui è stata trasposta la normativa contenuta nel *Securities Exchange Act* del 1934, e il *Title* 18 (intitolato *Crimes and Criminal Procedure*).

Merita sul punto evidenziare, in via preliminare, come l'attuale volto della disciplina federale di nostro interesse derivi in larga parte da interventi di riforma c.d. *scandal driven*, promossi in occasione dei maggiori scandali finanziari che hanno preceduto la più recente crisi. Così può infatti essere definito il *Securities and Exchange Act* del 1934[335], uno dei due c.d. "*new deal statutes*" (l'altro è il *Securities Act* del 1933[336]) emanati in risposta alle speculazioni illecite che hanno contribuito alla crisi di *Wall Street* del 1929, due corpi normativi con cui l'ordinamento statunitense si dotò per la prima volta di una disciplina *ad hoc* per i mercati finanziari[337]. Il secondo intervento

---

[333] Per questa *actio finium regundorum* ci rifacciamo alle pagine di F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, cit., 95 ss.

[334] In proposito M. PAPA, *Il reato di* mail fraud *nel diritto statunitense: spunti sui presupposti della responsabilità penale tra previsione legale dell'illecito e prassi applicativa*, in G. Fiandaca (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, 217 ss.

[335] *Securities Exchange Axt,* Pub. L. n. 291, 48 Stat. 881, 15 U.S. Code §§ 78a-78ll.

[336] *Securities Act*, Pub. L. n. 22, 48 Stat. 74, 15 U.S. Code §§ 77a-77mm.

[337] Prima dell'emanazione dei *new deal statutes*, la disciplina dei mercati non era dotata di autonomia, e la tutela degli investitori non era considerato un obiettivo della legislazione americana. La regolamentazione della materia era al più un riflesso della legislazione antimonopolistica contenuta nello *Sherman Act* del 1890 e degli altri testi che ne completavano la disciplina (*Clayton Act* e *Federal Trade Commission Act*). Cfr. F. CONSULICH, *op. ult. cit.*, 96

scandal-driven è rappresentato dal *Sarbanes-Oxley Act* del 2002, quale atto di riforma promosso sulla scia dello scandalo *Enron*, con cui, tra le altre cose[338], il sistema penalistico di repressione degli illeciti in materia finanziaria ha conosciuto ragguardevoli ampliamenti, sia rispetto all'area dei comportamenti penalmente punibili (fino ad affermare la rilevanza penale del mero *attempt to defraud,* ossia del mero accordo finalizzato alla commissione di frodi su strumenti finanziari), sia in termini di innalzamento dei limiti *massimi* di pena per comportamenti già penalmente sanzionati.

È opportuno peraltro notare, da subito, come la normativa di nostro interesse non sia stata invece fondamentalmente ritoccata – se non per alcuni aspetti che vedremo, i quali però solo marginalmente interessano la *fenomenologia* di cui ci occupiamo – da interventi legislativi realizzati in *risposta* alla *crisi economico-finanziaria* del 2008.

Nel *Title 15* dell'*U.S. Code* che, come già ricordato, riprende il contenuto del *Securities and Exchange Act* del 1934, rintracciamo in particolare la normativa in materia di abusi di mercato, dove, pertanto, il destinatario dell'informazione oggetto di sanzione non è il singolo investitore, bensì il pubblico dei risparmiatori e degli investitori. Nel *Securities and Exchange Act* [ora, *Title 15 U.S.C.*] la repressione delle *securities frauds* non è tuttavia affidata a fattispecie incriminatrici conchiuse, contraddistinte cioè da una descrizione del precetto cui segue la comminatoria di una sanzione *penale*. Esso accoglie, invece, una serie di comportamenti caratterizzati da illeceità *generica*[339], i quali danno luogo anzitutto ad una responsabilità amministrativa o anche civile, e che potranno fondare anche una responsabilità penale allorché il comportamento sia caratterizzato da dolo (*willfullness*).

La *section* 32 (a) del *Securities and Exchange Act* [15 U.S.C. § 78 ff] contiene infatti una norma incriminatrice "in bianco" la quale fa rinvio, per la definizione del precetto, sia alle disposizioni legislative contenute nello stesso *Act* (in particolare, alle sue *sections* 9 e 10)[340], sia alle disposizioni di secondo livello emanate in via *regolamentare* dalla *Securities and Exchange Commission,* tra cui si deve in particolare richiamare la *Rule 10 b-5*, sull'impiego di pratiche manipolative o decettive (*employment of*

---

[338] *Ivi*, 126.

[339] Parla di illeciti "staminali", ossia originariamente *indifferenziati* per tipo di illeceità, F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato,* cit., 99.

[340] Nella definizione del comportamento illecito di manipolazione del mercato, il *Securities and Exchange Act* presenta due paradigmi descrittivi, uno di tipo *casistico* ed uno a carattere *generale.* Al primo paradigma ricorre la *section* 9 [15 U.S.C. § 78 (i)], dove sono elencati una serie di comportamenti manipolativi, tutti comunque riconducibili alla comunicazione (per mezzo di una condotta attiva od omittente) di una *falsa rappresentazione* (*misrepresentation*) dotata di *materiality*, ossia di significatività per il mercato. Al fine dell'integrazione del connotato della *materiality* di un'informazione le corti statunitensi richiedono una sostanziale probabilità che, alla luce di tutte le circostanze, l'informazione stessa sarebbe stata importante per le decisioni di un investitore ragionevole, motivandone un comportamento differenti da quello tenuto. Cfr. F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, cit., 101. Al secondo paradigma ricorre invece la *section* 10 [15, U.S.C. § 78 (j)]. Qui si legge che sarà considerato illecito ogni schema o artificio manipolativo o decettivo (*any manipulative or exceptive deceptive device or contrivance*), avente ad oggetto strumenti finanziari, che violi le regole predisposte dalla SEC nell'interesse pubblico o per la protezione degli investitori.

manipulative and deceptive devices)[341]; essa introduce soltanto, dal punto di vista del precetto, e quale elemento distintivo rispetto agli illeciti di stampo amministrativo, l'elemento della «*willfullness to defraud*». La sostanza dell'illecito *penale* consiste allora nell'*aver ingannato intenzionalmente* il pubblico degli operatori, dissimulando un'informazione rilevante per il mercato o, viceversa, simulandone una inesistente. In presenza di un tale elemento soggettivo, un medesimo abuso, sanzionabile già in sede amministrativa e civile, sarà punibile con una pena detentiva fino a 20 anni e pecuniaria fino a 5 milioni di dollari (25 milioni nel caso in cui l'autore non sia una persona fisica).

Conviene allora mettere subito in luce come spesso, per un identico comportamento di tipo manipolativo, il sistema statunitense tenda a mettere in atto più strategie sanzionatorie (c.d. *over-enforcement*), da parte delle due principali agenzie di controllo che operano nel settore dei mercati finanziari, vale a dire la *Securities Exchange Commission* (SEC), autorità che agisce sul piano amministrativo, ed il *Department of Justice* (DOJ), autorità che ha invece l'esclusiva competenza in ambito penale. La dottrina ha evidenziato come la proliferazione di processi paralleli, di natura diversa, per gli stessi fatti, sia elemento tipico della repressione dei *corporate crimes* ed in particolare di quelli in materia finanziaria[342]: al preliminare avviamento di procedimenti amministrativi e all'attivazione di rimedi civilistici – più rapidi e più certi nei loro esiti – tende a seguire, almeno nei casi più gravi, anche il processo penale.

Benché la *Securities Exchange Commission* (SEC) sia la principale agenzia responsabile dell'*enforcement* dei mercati finanziari, la sua competenza non si estende alla materia penale. L'esercizio dell'azione penale spetta infatti sempre al *Department of Justice* (DOJ). Quest'ultimo può certo agire di propria iniziativa, ma più facilmente nella materia degli abusi di mercato si muoverà su segnalazione della SEC, la quale, nel momento in cui passa la segnalazione all'autorità penale, sarà sempre tenuta a trasmettere gli elementi di prova raccolti nel corso della propria indagine. Oltre a dare l'impulso ai procedimenti penali, la SEC possiede la prerogativa di attivare procedimenti a carattere amministrativo, potendo ordinare, nei confronti delle persone fisiche e giuridiche registrate, la convocazione di un'udienza davanti a un giudice (*administrative hearing*), finalizzata a definire la responsabilità dell'accusato e ad imporre un'articolata serie di sanzioni amministrative[343]. Tra queste dobbiamo anzitutto richiamare quelle di tipo interdittivo, come la *censura* e la *limitazione all'esercizio dell'attività*, la *revoca della registrazione,* il *divieto* temporaneo o definitivo, *di proseguire una determinata attività* (c.d. *cease and desist orders*[344]), nonché le c.d. *associational sanction*, da applicarsi nei confronti di

[341] «*It shall be unlawful for any person, directly or indirectly, by the use of any means or instrumentality of interstate commerce, or of the mails or of any facility of any national securities exchange: (a) to employ any device, scheme, or artifice to defraud*; *(b) to make any untrue statement of a material fact or to omit to state a material fact necessary in order to make the statements made, in the light of the circumstances under which they were made, not misleading*; *or (c) to engage in any act, practice, or course of business which operates or would operate as a fraud or deceit upon any person, in connection with the purchase or sale of any security*».

[342] *Ivi,* 146.

[343] F. CONSULICH, *op. ult. cit.*, 154; P. STELLA, *L'*enforcement *nei mercati finanziari*, Milano, Giuffré, 2008, 265 ss.

[344] Cfr. 15 U.S. Code, subsection 77h-1.

persona fisica "associata" ad un intermediario o operatore di borsa che abbia partecipato al collocamento o alla vendita di strumenti finanziari[345].

Nei potere della SEC rientra inoltre l'adozione di rimedi di tipo civilistico, tra cui si annoverano il *temporary restraining order* (TRO) e l'*ancillary relief*, misure che hanno entrambe la funzione di impedire la perpetrazioni di illeciti da parte del destinatario. Il primo rimedio[346], che consiste nell'emissione di un provvedimento con cui la Corte ordina al soggetto indagato di astenersi temporaneamente dal commettere qualsiasi violazione di norme e leggi regolamentari, può essere richiesto, ed emesso dal giudice incaricato, senza il coinvolgimento del soggetto indagato. Il secondo rimedio[347] consiste invece nell'applicazione di rimedi atipici, di cui il più severo e diffuso è il congelamento dei beni (*asset freeze*) a scopi conservativi. In questo caso il provvedimento della Corte sarà emesso soltanto se il giudice ritenga che la SEC abbia dimostrato di poter prevalere nel successivo giudizio di merito che coinvolge l'indagato, documentando in maniera appropriata le allegazioni inerenti sia alla violazione oggetto del procedimento sia al rischio di un ripetizione in futuro dei comportamenti illeciti (c.d. *proper showing*). Tra i rimedi civilistici deve essere poi citata l'ingiunzione (*injuction*)[348], vale a dire un ordine con il quale vengono proibite future violazioni delle leggi federali in materia di mercati finanziari. Si distingue in particolare l'ingiunzione preliminare, che può essere oggetto di domanda autonoma della SEC, quale primo atto del procedimento di *enforcement*, dall'ingiunzione applicata in via secondaria, allo spirare del termine di un TRO (a differenza di quest'ultimo, la concessione di una *injunction* richiede in ogni caso un'udienza e la notifica al convenuto, dovendo la SEC procedere al *proper showing*).

Vi sono poi sanzioni che possono essere applicate sia all'esito di un giudizio civile sia all'esito di un giudizio amministrativo. Tra queste richiamiamo il c.d. *penny stock bar* (un divieto diretto a interdire, temporaneamente o a tempo indeterminato, persone fisiche dalla partecipazione a offerte di strumenti finanziari sul mercato), la sanzione pecuniaria fino a 500.000 dollari, la confisca dei profitti ricavati dall'operazione finanziaria illecita (*disgorgement*). Le somme recuperate a titolo di confisca possono essere destinate al Dipartimento del Tesoro oppure essere restituite ai soggetti danneggiati, almeno nel caso in cui le somme siano sufficienti e il numero dei richiedenti non eccessivamente elevato.

Merita infine ricordare che all'iniziativa statale può anche accompagnarsi l'attivazione di procedimenti risarcitori da parte dei privati, come singoli o come gruppo, attraverso lo strumento della *class action*[349]. Peraltro niente esclude che, per uno stesso fatto, possano attivarsi procedimenti simultanei sia da parte della SEC, finalizzati ad applicare sanzioni amministrative o rimedi civilistici, sia da parte dei *prosecutors* federali (anche con possibile duplicazione delle indagini in senso *verticale,* ossia tra livello federale e livello statale), nonché dei privati.

Si deve in proposito rammentare che la *double jeopardy clause* – direttamente discendente dal dettato del V emendamento della Costituzione statunitense, in base al quale «nessuno può essere esposto due volte, per uno stesso fatto, ad una situazione di rischio per la vita o

---

[345] Cfr. *Section* 15 (b) (6) *Securities Exchange Act*, 15 U.S. Code *section* 78o (6); *Section* 20 (g) *Securities* Act, 15 U.S. Code *section* 77t (g).

[346] Cfr. *Section* 20 (b) *Securities Act*, 15 U.S. Code *section* 77t(b) e dalla *Section* 21d (1) *Securities and Exchange Act*, 15 U.S. Code *section* 78u(d)(1).

[347] Cfr. *Section* 21d(5) *Securities and Exchange Act*, 15 U.S. Code *section* 78u(d)(5).

[348] *Section* 20 (b) *Securities Act*, 15 U.S. Code *section* 77t(b) e dalla *Section* 21d (1) *Securities and Exchange Act*, 15 U.S. Code *section* 78u(d)(1).

[349] Sul tema delle *class actions*, come secondo pilastro su cui si fonda il sistema di *enforcement* americano, rinviamo a P. STELLA, *L'*enforcement *nei mercati finanziari*, cit., 233 ss. Nella letteratura americana, J. C. COFFEE, *Reforming the securities class actions: an essay on deterrence and its implementation*, in 293 *Columbia Law and Economics Working Paper* (2006), 7 ss.

l'incolumità fisica – oltre a non avere efficacia *meta-ordinamentale*, operando soltanto a livello *inter-ordinamentale*[350], ha valenza eminentemente *penalistica.*

Passando invece alla normativa contenuta nel *Title 18* dell'*U.S. Code*, rintracciamo qui fattispecie di esclusiva rilevanza penale, dirette a sanzionare condotte di cui sia destinatario un investitore (o una classe di investitori determinati). Occorre in particolar modo soffermarsi su un nucleo di incriminazioni contenute al *Chapter 63* del *Title 18*, ed in particolare, per iniziare, alle sue *sections* 1341 e 1343, le quali puniscono, rispettivamente, la *frode postale* (*mail fraud*) e *telegrafica* (*wire fraud*).

Entrambe le disposizioni, nella loro forma-base, incriminano condotte fraudolente commesse mediante mezzi di comunicazione e altri *media*. Da un punto di vista oggettivo esse non fanno dunque altro che descrivere l'utilizzo del mezzo postale o di altro strumento di comunicazione, incentrando tutto il disvalore soggettivo dell'illecito sulla *finalità soggettiva* di porre in essere un artificio diretto a ingannare i destinatari dell'informazione finanziaria (*scheme to defraud*)[351], elemento soggettivo che dovrà essere inferito dalle circostanze in cui il fatto è stato compiuto[352].

Le due fattispecie prevedono poi un'ipotesi aggravata per il caso in cui la violazione sia commessa in danno di un'istituzione finanziaria, oppure in relazione a eventuali benefici erogati in occasione di un grave disastro (concetto cui il legislatore statunitense riporta anche una crisi finanziaria) o comunque di uno di emergenza dichiarato con decreto presidenziale[353].

---

[350] Ciò significa che se un processo è promosso da soggetti riconducibili a ordinamenti distinti, quali sono ad esempio quello di uno stato membro e quello federale, la *double jeopardy protection* soccombe alla «*dual sovereignity rule*».

[351] Cfr. M. PAPA, *Il reato di* mail fraud, cit., 219 ss.

[352] In particolare, tale *intent* tende ad essere ritenuto integrato quando la manovra speculativa ha determinato una perdita per gli investitori di un dato mercato e/o un guadagno per il supposto manipolatore. Cfr. F. CONSULICH, *op. ult. cit.*, 113, nonché G. SZOTT MOOHR, *Mail Fraud Meets Criminal Theory*, in *67 U. Cin. L. Rev.*, 1998, 1 ss.

[353] La previsione aggravante in parola prevede che «se il reato è commesso in relazione, o coinvolge, qualsiasi beneficio autorizzato, trasportato, trasmesso, trasferito, erogato o pagato in relazione a un *grave disastro* (*major disaster*) o a un'emergenza (*emergency*) dichiarato dal Presidente degli Stati Uniti (…), la condanna è della multa fino a $ 1.000.000 e della reclusione non superiore a trenta anni». La disposizione incriminatrice rinvia, per la definizione del concetto di *major disaster* e di *emergency* alla *Section 102* del Robert T. Stafford Disaster Relief and Emergency Assistance Act (*U.S.C., Title 42, Chapter 63, § 5122*). Mentre il concetto di disastro definito dalla legge deve riferirsi esclusivamente a catastrofi di ordine naturale, il concetto di "*emergency*" accoglie a pieno titolo il contesto di crisi economico-finanziaria, nel quale la disposizione incriminatrice fu pensata e introdotta. Essa è infatti definita come «*any occasion or instance for which, in the determination of the President, Federal assistance is needed to supplement State and local efforts and capabilities to save lives and to protect property and public health and safety, or to lessen or avert the threat of a catastrophe in any part of the United States*». La disposizione in parola ha trovato applicazione nel noto caso TBW, che ha condotto alla condanna di Lee B. Farkas, ex *manager* di *Taylor, Bean&Whitetaker Mortgage Corporation* (TBW), a 30 anni di carcere (i pubblici ministeri avevano chiesto 385 anni). TBW era il 12° prestatore di mutui ipotecari negli Stati Uniti, originando e vendendo mutui per Freddie Mac. Quando la sua base finanziaria si rivelò non più sufficiente (TBW si appoggiava ai finanziamenti di *Colonial Bank* e della sua controllata *Ocala Funding*), Farkas tentò di rimediare vendendo mutui sostanzialmente inesistenti alla società Freddie Mac e ad alcune banche. Inoltre, al fine di rivitalizzare Colonial Bank, mise in atto uno schema finalizzato ad ottenere circa 550 milioni di dollari dai fondi di salvataggio federali, predisposti con il Troubled Asset

Con il *Sarbanes-Oxley Act* del 2002 le fattispecie-base sono andate incontro ad un notevole innalzamento sanzionatorio, con i limiti *massimi* di pena che sono passati da 5 a 20 anni, ma senza prevedere un limite di pena minimo (*mandatory minimum*). L'intervento di riforma appena citato ha inoltre provveduto a introdurre[354], alla *section* 1348 rubricata «*Securities and commodities fraud*», una fattispecie di reato ulteriore, la quale punisce (con una pena pecuniaria e/o detentiva fino a 25 anni di reclusione) chiunque *consapevolmente* (*knowingly*) realizzi o tenti di realizzare un *disegno fraudolento* o un *artificio* (*scheme or artifice*) al fine di frodare gli investitori, oppure ottenga denaro o altre utilità per mezzo di richieste o promesse fraudolente, oppure mediante una rappresentazione artificiosa della redditività di uno o più strumenti finanziari[355].

La *section* 1349, anch'essa introdotta dal *Sarbanes-Oxley Act*[356], contiene poi una norma di chiusura, valida per tutte le *offences* presenti nel *Chapter 63*, la quale equipara, dal punto di vista del trattamento sanzionatorio (pena detentiva fino a 20 anni), il tentativo e l'accordo per commettere il reato con la fattispecie nella sua forma consumata. Nel prevedere la punizione anche del mero accordo, tale norma introduce una forma *ad hoc* di *conspiracy* per i crimini economici – ed in particolare per le figure della *mail and wire fraud* e dalla *securities fraud* –, dove non si richiede né la messa in atto di un comportamento funzionale al raggiungimento dell'obiettivo illecito (c.d. *overt act*), né che questo atto sia sintomatico del proposito criminoso degli associati (ossia, dell'*intent to defraud*). In questo aspetto, che delinea un'anticipazione della tutela estremamente marcata, la *section* 1349 si distingue da un'altra disposizione rilevante in materia: la *section* 371, la quale, nel punire – con pena detentiva fino a cinque anni di detenzione – tutte le forme di *conspiracy* dirette a frodare un'agenza governativa[357], richiede che i partecipi pongano in essere un *overt act*, mirato al conseguimento dello scopo criminoso.

Relief Program (TARP, sostanzialmente il piano operativo con cui si stabiliva come i fondi predisposti con l'EESA dovevano essere spesi), adottato nel 2008 quale misura emergenziale anti-crisi.

[354] Pub. L. 107–204, title VIII, § 807(a), July 30, 2002, 116 Stat. 804; amended Pub. L. 111–21, § 2(e)(1), May 20, 2009, 123 Stat. 1618.

[355] Cfr. 18 U.S. Code, § 1348 – *Securities and commodities fraud*: «*Whoever knowingly executes, or attempts to execute, a scheme or artifice – (1) to defraud any person in connection with any commodity for future delivery, or any option on a commodity for future delivery, or any security of an issuer with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l) or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o(d)); or (2) to obtain, by means of false or fraudulent pretenses, representations, or promises, any money or property in connection with the purchase or sale of any commodity for future delivery, or any option on a commodity for future delivery, or any security of an issuer with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78l) or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78o(d)); shall be fined under this title, or imprisoned not more than 25 years, or both*». Dobbiamo in proposito segnalare evidenza l'intervento additivo da parte della L. 111-21 del 20 maggio 2009, la quale ha esteso il campo di applicazione della norma, prima limitato alle sole operazioni fraudolente commesse su *securities*, anche alle *commodities.*

[356] Pub. L. 107–204, title IX, § 902(a), July 30, 2002, 116 Stat. 805.

[357] Sull'utilizzo della *conspiracy to defraud* come strumento per aggirare la *frammentarietà* delle singole incriminazione in materi di frode, v. M. PAPA, *Conspiracy,* in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1988, 104.

Il *Sarbanes-Oxley Act*[358] aveva previsto inoltre la revisione, da parte della *U.S. Sentencing Commission*, dei parametri predisposti nelle griglie a doppia entrata che compongono le c.d. *Sentencing guidelines* (quelle linee-guida che, nel sistema americano, guidano l'opera dei giudici federali), così da introdurre adeguati aumenti di pena per le frodi che mettano in pericolo la solvibilità o la sicurezza finanziaria di un numero consistente di vittime (*for a fraud offense that endangers the solvency or financial security of a substantial number of victims*). Aggiornate secondo le indicazioni del *Sarbanes-Oxley Act*, le *guidelines* contemplano oggi la possibilità di aumenti di pena per i reati economici che: comportino un danno patrimoniale superiore a 200 milioni di dollari, con un ulteriore effetto aggravante se le perdite superano 400 milioni; coinvolgano più di 250 vittime; espongano al pericolo d'insolvenza organizzazioni rilevanti sul mercato o rappresentative di più vittime individuali; siano posti in essere da soggetti qualificati (in particolare, direttori o amministratori di società quotate).

Rispetto al panorama appena descritto, due dati possono essere messi in luce.

Il primo riguarda la tendenza ad una *overcriminalization*, intesa qui essenzialmente come fenomeno normativo, ossia come tendenza del sistema alla previsione di più fattispecie incriminatrici aventi il medesimo campo applicativo [359]; tendenza probabilmente motivata dalla volontà legislativa di fornire al *prosecutor* una serie di tipi legali tra cui possa scegliere in base a valutazioni di maggiore praticabilità probatoria. Nota è infatti la tendenza dei *prosecutors* statunitensi alla moltiplicazione dei capi di imputazione (moltiplicazione che spesso interessa anche reati solamente strumentali rispetto al fatto principale, c.d. *second-order crimes*, come le false dichiarazioni o l'ostruzione alla giustizia)[360], in quanto funzionale da un lato alla soluzione negoziata della vicenda processuale (dietro la minaccia di una pena draconiana il privato è infatti più propenso a patteggiare con il *prosecutor*), dall'altro all'ottenimento di un risultato di condanna in caso di mancato raggiungimento di un accordo[361].

Il secondo dato ci impone di riflettere sul ruolo assegnato al diritto penale nel sistema statunitense di repressione degli illeciti in ambito finanziario. Per le caratteristiche che assumono le incriminazioni, connotate in senso marcatamente *soggettivistico*[362] (esse

---

[358] Cfr. *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, sect. 805 (*Review of federal sentencing guidelines for obstruction of justice and extensive criminal fraud*): «*Pursuant to section 994 of title 28, United States Code, and in accordance with this section, the United States Sentencing Commission shall review and amend, as appropriate, the Federal Sentencing Guidelines and related policy statements to ensure that* – 4) *a specific offense characteristic enhancing sentencing is provided under United States Sentencing Guideline 2B1.1 (as in effect on the date of enactment of this Act) for a fraud offense that endangers the solvency or financial security of a substantial number of victims*».

[359] Gli illeciti in materia di *securities frauds* di cui al *Title 15* possono benissimo concorrere con quelli sanzionati al *Title 18*. Cfr. F. CONSULICH, *op. ult. cit.*, 138.

[360] *Ivi,* 138.

[361] *Ivi,* 143, richiamando J.R. O'SULLIVAN, *The Changing Face of White Collar Crime: The Federal Criminal "Code" is a Disgrace: Obstruction Statutes ad a Case Study*, in 96 *J. Crim. L. & Criminology*, 2006, 654.

[362] Non possiamo che rinviare a G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2011, 1, 1 ss.; nonché C. PERINI–F.

appaiono infatti fortemente sbilanciate in favore della componente psicologica dell'illecito, ma per il resto quasi del tutto prive di elementi tipizzanti capaci di selezionare i profili *oggettivi* di illiceità penale), per il bassissimo grado di selettività e per i livelli di pena ivi previsti, il presidio penalistico in materia frodi su strumenti finanziari assume, nella materia che osserviamo, un ruolo *espressivo*, essenzialmente connesso all'assolvimento di funzion*i di prevenzione generale positiva*, improntato al rafforzamento dell'etica dei destinatari rispetto ai valori *comunicati* dalla norma, ma anche alla diffusione di un messaggio di forte stigmatizzazione dell'autore che venga colpito dalla sanzione penale, senza mai perdere dunque di vista – in entrata ed in uscita – le dinamiche del *consenso sociale*[363].

Le altre funzioni tipiche della *pena* – in particolare, prevenzione speciale e generale *negativa* – sembrano invece già essere ampiamente assolte dagli strumenti civilistici e amministrativi, capaci di garantire risultati di *retribuzione* e *neutralizzazione*, in modo continuativo ed effettivo, secondo quelle che dovrebbero essere le caratteristiche di un *sistema sanzionatorio* davvero adeguato a perseguire obiettivi di *deterrence*.

4. «*Nobody goes to jail*»? Breve cronaca giudiziaria

La narrazione prevalente della reazione penalistica nei confronti di comportamenti *crisis-related* si riassume nella massima del «*nobody goes to jail*»[364]. In verità, questa formula fotografa una situazione soltanto parziale. Dai dati forniti all'interno del resoconto rilasciato, nel marzo del 2014, dall'*Office of the Inspector General Audit Division* a seguito di una procedura di *audit* condotta sull'operato del *Department of Justice* (DOJ) negli anni 2009-2011, risulta infatti che ben 1494 *defendants* avevano ricevuto una sentenza di condanna per fatti connessi alla crisi economico-finanziaria del 2008[365]. Allo stesso tempo, ci accorgiamo che tali dati riguardano esclusivamente soggetti con ruoli di secondo piano, le cui condotte esprimevano tutto sommato un'offensività ridotta. Si trattava in particolari di pesci piccoli (c.d. "*small fry*") quali mutuatari che avevano fornito dati non veritieri su richieste di prestito, mediatori ipotecari, alcuni impiegati agli uffici di prestito presso le banche[366] coinvolti nella commissione delle c.d. *mortgage frauds*.

CONSULICH (a cura di), *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito,* Edizioni Unicopli, Milano, 2012.

[363] C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss.

[364] T.R. BROWN, *Nobody Goes to Jail: The Economics of Criminal Law, Security Fraud, and the 2008 Recession,* in 41 *Criminal And Civil Confinement* (2015), 343 ss.; PONTELL H. N.–BLACK W. K.–GEIS G., *Too big to fail, too powerful to jail? On the absence of criminal prosecutions after the 2008 financial meltdown*, in 61(1) *Crime, Law and Social Change* (2014), 1-13.

[365] Cfr. *Office of the Inspector Gen., Audit Div., U.s. Dep't of Justice, Audit of the Department of Justice's efforts to address mortgage fraud*, reperibile al seguente link: https://oig.justice.gov/reports/2014/a1412.pdf

[366] Cfr. R. QUIGLEY, *The Impulse Towards Individual Criminal Punishment After the Financial Crisi*, in 22 *Virginia Journal of Social Policy and the Law* (2014), 105 ss.

Da questo specifico punto di vista, non vi è dubbio che la reazione affidata al diritto penale nell'ambito della crisi economico-finanziaria del 2008 sia stata significativamente più modesta rispetto a quella che, negli anni '80, seguì la c.d. *savings and loan crisis*[367] e che, più tardi, fu sperimentata nell'ambito scandali finanziari d'inizio millennio (su tutti *Enron* e *Worldcom*)[368].

a) Il caso Butler *e* Tzolov

Le vicende giudiziarie che hanno interessato le *élites* finanziarie coinvolte nella crisi dei *mutui subprime* appaiono ad oggi numericamente esigue e, in termini di severità delle pene irrogate, comparativamente modeste.

Volendo offrire un quadro riassuntivo, possiamo partire dal caso dei *manager* di *Credit Suisse* Eric Butler e Julian Tzolov, accusati di aver commesso una serie di frodi aventi ad oggetto la vendita dei c.d. *auction rate securities* (ARSs)[369].

Ai due *manager* veniva contestato in particolare di aver contattato, a mezzo posta elettronica e telefono, numerosi clienti al fine di discutere i vantaggi di investire in titoli ARSs, presentandoli *indifferentemente* come prodotti a basso rischio, garantiti dal governo degli Stati Uniti, che avrebbero potuto essere facilmente venduti e convertiti in denaro liquido. Secondo l'accusa, nelle *mail* di conferma di acquisto Butler e Tzolov avrebbero falsificato i nomi dei titoli, al fine di conferire l'apparenza che si trattasse di *student-loan-backed* ARSs garantiti. Lo stesso tipo di "camuffamento" sarebbe avvenuto anche nei successivi contatti, inclusi quelli organizzati di persona all'interno del *Kennedy Airport* di *New York* (luogo prescelto dai due *managers* per incontrare i clienti internazionali).

Incardinato nell'*Eastern District* di New York, il processo si è concluso in primo grado con la condanna in primo grado di Eric Butler[370] a 5 anni di reclusione e al

[367] B. A. GREEN, *After the fall: The Criminal Law Enforcement Response to the S&L Crisis,* 59 *Fordham L. Rev.* (1991), 155 ss. In costanza di questa crisi, circa 800 *big executives* furono condannati per frode.

[368] Per una valutazione comparativa, v. J. RAKOFF, *Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted?*, cit., 1 ss.; J. L. ZALES, *$22 Trillion Lost, Zero Wall Street Executives Jailed: Prosecutors Should Utilize Whistleblowers to Establish Criminal Intent*, in 6 *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* (2016), 167 ss.

[369] Trattasi di titoli composti da obbligazioni di debito a lungo termine, tipicamente di alta qualità, quali prestiti agli studenti, mutui, obbligazioni municipali, debiti societari e azioni privilegiate emesse da fondi comuni di investimento. Benché costruiti su obbligazioni a reddito fisso a lungo termine (le scadenze sono solitamente di trent'anni), gli ARSs vengono rinegoziati su aste con cicli a breve termine, generalmente ogni 7, 14, 28 o 35 giorni. Alla fine del ciclo, un titolare di ARSs può scegliere se vendere il titolo attraverso un'asta oppure mantenerlo per un altro ciclo (in tal caso l'investitore avrebbe e ricevuto un ritorno del capitale a maturazione del titolo). Le aste ARSs, fornendo liquidità a breve termine a titoli garantiti da attività con scadenze a lungo termine, hanno trasformato efficacemente obbligazioni a lungo termine in strumenti di investimento a breve termine (simili ai *money market funds*), ma con una redditività potenzialmente maggiore, attirando gli investitori. Ora, il governo federale garantiva contro l'insolvenza fino al 98% del capitale sottostante di ARSs solo nel caso in cui questo fosse sostenuto dai prestiti agli studenti («*student loans*»), ma non in tutti gli altri casi. Tuttavia, tutti gli ARSs in questione avevano *rating* creditizi AAA ed erano considerati "sicuri", poiché prima del 2007 non si era mai verificato un fallimento di un'asta nel settore. Le aste su strumenti non garantiti da *student-loan-backed* ARSs iniziarono invece a fallire agli inizi del 2007.

pagamento di 5,25 milioni di dollari per *conspiracy* finalizzata alla falsificazione di libri e registri contabili in violazione del *Securities and Exchange Act* (*conspiracy to commit security fraud*, 18 U.S.C. § 371), nonché alla commissione di frodi telematiche (*conspiracy to commit wire fraud*, 18 U.S.C. § 1349), oltre che per il connesso reato-scopo di *securities fraud* (15 U.S.C. §§ 78j (b) e 78ff). Per i medesimi fatti, il coimputato di Butler, Julian Tzolov, aveva invece concluso un *plea guilty,* patteggiando 5 anni di reclusione[371]. In appello[372] Butler fu assolto per il reato-scopo di *securities fraud*, ma non anche per i reati di *consipiracy*. I giudici di secondo grado ritennero infatti che, mentre non poteva dirsi raggiunta la prova del fatto che le condotte poste in essere da Butler integrassero i termini di una *securities fraud* punibile sotto la giurisdizione del distretto orientale di *New York* («*the government failed to offer competent proof that any "act or transaction constituting the [securities fraud] violation occurred" in the Eastern District*»)[373], non vi erano al contrario difficoltà né ad inquadrare le medesime condotte – in particolare, quella di organizzare dei *meetings* con gli investitori al *Kennedy Airport* – nei termini di atti esecutivi di una *conspiracy* («*in furtherance of the object or purpose of the conspiracy*»)[374], né a considerarle commesse nel territorio di competenza della corte adita. Sulla base della condanna riportata in sede penale, la SEC ordinò l'apertura di un procedimento amministrativo (*administrative hearing*)[375] finalizzato all'applicazione nei confronti di Eric Butler di una misura a carattere interdittivo (Tzolov aveva già consentito, in sede di *plea guilty*, ad essere sottoposto ad un ordine interdittivo), che lo escludeva per il futuro da qualsiasi attività nell'ambito dell'investimento mobiliare[376].

b) Il caso Ralph Cioffi *e* Matthew Tannin

---

[370] *Eric S. Butler, Initial Decision Rel. No. 413* (Jan. 19, 2011), *100 SEC Docket 37127*.
[371] *Julian T. Tzolov*, *Securities Exchange Act* Rel. No. 62351 (June 22, 2010), 98 SEC Docket 29406.
[372] *United States Court of Appeals*, *Second Circuit – United States of America, Appellee–Cross–Appellant, v. Julian Tzolov, Defendant, Eric Butler, Defendant–Appellant–Cross–Appellee. Docket* Nos. 10–562–cr (Lead), 10–754–cr (XAP). Decided: June 15, 2011.
[373] *Ivi*, *Discussion – (A) Securities Fraud (Count Two)*.
[374] *Ivi*, *Discussion – (B) Conspiracy to Commit Securities Fraud (Count One) and Conspiracy to Commit Wire Fraud (Count Three)*.
[375] Cfr. Section 15(b) del Securities Exchange Act del 1934 and Section 203(f) of the Investment Advisers Act of 1940.
[376] In particolare *Butler* veniva interdetto dal frequentare (*associating with*) «*any broker, dealer, or investment adviser*». Nell'*Opinion* resa dalla SEC nell'ambito del processo di appello contro l'applicazione della sanzione si legge che: «*Securities industry bars in this case reflect the importance of "deterrence, both specific and general, as a component in analyzing the remedial efficacy of sanctions" and serve as a "legitimate prophylactic remedy consistent with [our] statutory obligations" to "protect[…] investors and the integrity of the markets by preventing those convicted of crimes from acting in the capacity of a securities professional". With respect to specific deterrence, Butler's participation in a criminal conspiracy that fraudulently "saddled [investors] with hundreds of millions of dollars" in securities demonstrated the public interest in preventing Butler's future participation in the "securities industry[, which] presents continual opportunities for dishonesty and abuse, and depends heavily on the integrity of its participants and on investors' confidence". The bars also serves the public's interest in general deterrence by discouraging other securities*».

La storia prosegue con una sentenza di assoluzione pronunciata dal Tribunale di New York[377] nei confronti di Ralph Cioffi e Matthew Tannin, due *ex* manager della banca d'investimento *Bear Stearns*[378], insieme alla guida di due *hedge funds* (il *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Fund* e il *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Enhanced Leverage Fund*).

I fatti loro contestati riguardavano la falsa rappresentazione dell'investimento in mutui *subprime* riconducibile ai due fondi. In particolare, nella tesi dell'accusa, Cioffi, durante una teleconferenza degli investitori dell'aprile 2007, avrebbe offerto informazioni non corrette circa il livello di richieste di rimborso degli investitori. Lo stesso Cioffi era poi accusato di non aver comunicato agli investitori di aver ritirato, nell'aprile del 2007, una parte del suo investimento personale dall'*Enhanced Leverage Fund* (utilizzato poi per investire in un terzo fondo, nel quale operava come gestore di portafoglio), ed anzi di aver annunciato l'aumento della sua partecipazione in tale fondo.

Per tali condotte Cioffi era stato imputato per *conspiracy to commit securities fraud and wire fraud* (18 U.S.C. § 371), *securities fraud* (15 U.S.C. §§ 78j (b) e 78ff), *wire fraud* (18 U.S.C. § 1343) e *insider trading* (*Rule 10 b-5*, *Rules and Regulations of the SEC*), in connessione con due *hedge funds* che aveva diretto per conto di *Bear Stearns Asset Management* ("BSAM"). Ad esclusione dell'*insider trading*, Tannin era accusato dei medesimi reati. Il 26 novembre del 2009, il giudice Frederic Block, incaricato del processo in parola, emise un'ordinanza[379] con cui escludeva l'acquisizione al processo di alcune e-mail scambiate tra i due imputati per mezzo dei loro account *privati*, ritenendo che si trattasse di prove assunte illegalmente («*unlawfully seized evidence*»), dal momento che il mandato emesso dall'autorità risultava contrario, per l'eccessiva vaghezza dei suoi contenuti, («*because it failed to describe with particularity the materials that would be the proper subject of a search*»), alle garanzie dell'imputato stabilite dal IV emendamento. Impoverito l'impianto probatorio che avrebbe dovuto dimostrare l'*intent to defraud* degli imputati, la difesa giocò il processo sull'assenza dell'elemento soggettivo, invitando la giuria a riflettere sulla differenza tra una falsa rappresentazione («*misrepresentation*»), consapevolmente perpetrata dai *manager* nei confronti degli investitori, ed un eccesso di ottimismo, il quale però trovava conforto negli indici di mercato.

Il processo si concluse con l'assoluzione di entrambi gli imputati, esito che fu ritenuto la prova dell'incapacità dello Stato di perseguire penalmente i soggetti coinvolti nelle *securities fraud*[380].

---

[377] *United States District Court Eastern District Of New Yor*k – United States Of America *v.* Ralph Cioffi and Matthew Tannin – Case No. 08-CR-415 (FB).

[378] D. ZARING, *Litigating the financial crisis,* 100 *Va. L. Rev.* (2014), 1437.

[379] Cfr. *Memorandum and order,* Case No. 08-CR-415 (FB).

[380] Cfr. S.E.C. Reaches Settlement in Bear Stearns Fraud Case – *The New York Times* (9 febbraio 2012)*:* «*The criminal case was viewed as an early test of the government's ability to win convictions tied to the subprime mortgage-related investments that banks sold during the housing boom.When a jury acquitted both men in November 2009, the loss was seen as a major setback for the the Justice Department. The not-guilty verdict demonstrated that it would be challenging to build successful cases against Wall Street executives at the center of the financial crisis*».

In parallelo, per gli stessi fatti, la SEC aprì un procedimento a carattere civile[381], il quale si concluse con un c.d. *no admitting no denying agreement*, approvato dalla Corte competente e divenuto poi definitivo, contenente un'*injuction* ad astenersi per il futuro dal commettere azioni in violazione della *Section* 17(a)(2) del *Securities Act* del 1933[382], dunque da ogni tipo di falsità in relazione all'offerta o alla vendita di titoli, l'ordine di confisca del profitto (calcolati in $700,000 per Cioffi e $200,000 per Tannin), nonché l'applicazione di una sanzione pecuniaria. Inoltre, come parte dell'accordo, la SEC emetteva due ordinanze a carattere interdittivo, che escludevano Cioffi e Tannin dalle industrie regolamentate dalla SEC, rispettivamente per periodi di tre anni e due anni[383].

c) Il caso Kareem Serageldin

L'ultima vicenda giudiziaria rilevante si ha nel 2014, con il processo nei confronti *Kareem Serageldin*[384], *managing director* del gruppo *Credit Suisse*. Serageldin era in particolar modo accusato di aver deliberatamente ignorato specifiche informazioni di mercato che mostravano un forte calo del prezzo delle obbligazioni *subprime* affidate al suo controllo, dichiarando all'interno dei bilanci del gruppo un valore dei titoli non rispondente al vero, coprendo le perdite e consentendo al gruppo di ottenere profitti illeciti.

Per tali fatti Serageldin era stato accusato, in concorso con due *traders*, di *conspiracy* finalizzata alla falsificazione di libri e registri contabili nonché alla commissione di frodi telematiche («*wire fraud*»), oltre che dei singoli e delle singole frodi, con il rischio di incorrere in una condanna fino a cinque anni di pena detentiva per la cospirazione e fino a venti anni per ciascuno dei falsi e frodi, oltre ad una multa fino a $ 5.000.000 per ciascuna scrittura alterata e fino a $ 250.000 (o comunque pari al doppio del profitto o delle perdite lorde derivanti da reato) per la *conspiracy* e per ciascuna frode telematica[385].

---

[381] Ai sensi della *Section* 21 (d)(l) del *Securities and Exchange Act*, 15 U.S.C. *section* 78u(d)(l).

[382] Press Release, U.S. SEC, Litigation Release No. 22398, *Court Approves SEC Settlements with Two Former Bear Steams Hedge Fund Portfolio Managers*; *SEC Bars Managers from Regulated Industries* (June 25, 2012).

[383] Cfr. *U.S. Securities and Exchange Commission Litigation Release* No. 22398 / June 25, 2012 – *SEC v. Ralph R. Cioffi and Matthew M. Tannin*, Civil Action No. 08 2457 (FB) (E.D.N.Y.).

[384] Nel 2013-2014 è scaduto peraltro il termine per promuovere un'azione penale nei confronti di fatti collegati alla crisi economico-finanziaria del 2008. Cfr. 18 U.S.C. § 3282(a) (2012) («*Except as otherwise expressly provided*» [no one may be prosecuted except] «*within five years next after such offense shall have been committed*»).

[385] Le autorità (in particolare, l'FBI) avevano contestato a *Serageldin* e ai colleghi aver «*fraudulently inflating the prices of asset-backed bonds which comprised subprime residential mortgage backed securities* ("RMBS") *and commercial mortgage backed securities ("CMBS") in Credit Suisse's trading book in late 2007 and early 2008. The defendants' alleged manipulation of these bond prices contributed to Credit Suisse taking a $2.65 billion write-down of its 2007 year-end financial results*». Le accuse formali erano di «*conspiracy to falsify books and records and to commit wire fraud, as well as with substantive charges of falsifying books and records and wire fraud*». Cfr. *Department of Justice*, U.S. Attorney's Office, *Southern District of New York – Press Release n. 637-2600,* «*Defendants' Alleged Conduct Contributed to More Than $2.6 Billion Dollar Write-Down in Bank's Reported Net Income; Two Defendants Have Pled Guilty and Are Cooperating with the Government's Investigation*» reperibile sul sito https://archives.fbi.gov/ (1 febbraio 2012).

L'*ex* manager scelse infine la strada, già intrapresa dai colleghi, del *plea guilty.* Il processo si concluse con una sentenza di condanna a 30 mesi di reclusione «*in connection with a scheme to hide more than $100 million in losses in a mortgage-backed securities trading book at Credit Suisse*»[386]. Anche in questo caso, al processo penale si affiancò un procedimento avviato dalla SEC, finalizzato all'emissione di una *injuction*, nonché all'applicazione di una sanzione a carattere civile[387].

5. *La reazione "punitiva" nei confronti degli enti coinvolti nella crisi dei mutui* subprime*: il* DOJ *da* prosecutor *ad autorità di* enforcement *del* FIRREA

Spostando lo sguardo sul piano collettivo, si conferma lo scarso ruolo giocato dalla sanzione criminale, con delle peculiarità.

Deve infatti registrarsi l'assenza di condanne penali nei confronti di istituti di credito, fondi d'investimento, agenzie di *rating* o altri enti prestatori di servizi finanziari per fatti connessi alla crisi. Del pari è da segnalarsi anche l'assenza di DPA*s* e NPA*s* – ossia di accordi di stampo penale in cui l'ente, in cambio del pagamento di elevate somme di denaro a titolo di confisca dei profitti (*disgorgement*) e di sanzione (*penalty*), nonché di una riorganizzazione in funzione preventiva per il futuro, ottiene la rinuncia all'azione penale e, quindi, l'inflizione di pene a carattere interdittivo – i quali ovviamente presuppongono l'avvio di un'indagine di tipo *penale.* Se negli anni immediatamente successivi all'esplosione della *bolla finanziaria* assistiamo a numerosi *settlement agreements* tra le autorità di *enforcement* americane – in particolare, il *Department of Justice* (DOJ) e la *Securities Exchange Commission* (SEC) – e gli istituti di credito[388], essi o non riguardano fatti riconducibili alla crisi dei *subprime* oppure, quando li riguardano, si presentano come *settlement agreements* – in particolare di «*non admitting*, *no denying agreements*»[389] – di puro stampo amministrativo o civile.

Gli accordi appena richiamati non contenevano dunque alcuna rinuncia espressa alla pretesa punitiva (come invece i DPA*s* e NPA*s*), né la presupponevano implicitamente; al contrario, essi facevano quasi sempre espressa menzione del loro carattere di non pregiudizialità rispetto a un possibile esercizio, in futuro, dell'azione penale (*potential criminal prosecution*).

---

[386] *Department of Justice, U.S. Attorney's Office, Southern District of New York – Press Release n. 13-365,* «*Former Credit Suisse Managing Director Sentenced In Manhattan Federal Court To 30 Months In Prison In Connection With Scheme To Hide Losses In Mortgage-Backed Securities Trading Book*» (22 Novembre 2013).

[387] Cfr. *US Security and Exchange Commission v. Kareem Serageldin, David Higgs, Faisal Siddiqui and Salman Siddiqui,* 12 civ. 079, *Judge Swain*, 12 febbraio 2012.

[388] In tema B. L. GARRETT, *The rise of bank prosecution,* in *The Yale Law Journal Forum,* May 23, 2016, 34 ss.

[389] Si tratta cioè di accordi – a carattere civile o amministrativo – nei quali gli enti, senza nulla concedere alle autorità rispetto al riconoscimento di profili di responsabilità nella gestione del rischio derivante dalle operazioni sugli strumenti finanziari, e spesso senza impegnarsi ad adottare misure preventive per il futuro, si impegnano semplicemente a pagare una sanzione pecuniaria, così mettendo fine all'indesiderata attenzione loro rivolta da parte delle autorità di *enforcement.*

L'assenza di procedimenti *penali* (*criminal proceedings*) non significa ovviamente anche assenza di una qualsiasi reazione *punitiva* nei confronti degli enti collettivi coinvolti nello scandalo dei *mutui subprime.* Anzi, la reazione *punitiva*, da questo punto di vista, c'è stata ed è stata assai severa.

Senza disturbare la macchina penale (come vedremo, nel frattempo impegnata nel perseguimento di reati di altro genere), il governo, utilizzando quello che è stato definito un «*diversified portfolio*»[390] di metodi, autorità di *enforcement*[391] e basi legali comunque diverse da quelle che presiedono la materia criminale[392], ha ottenuto il pagamento di sanzioni pecuniarie decisamente elevate; sanzioni che non avevano banalmente la finalità di risarcire i danni provocati, bensì – questo è ovvio – anche di punire i *promotori* della crisi.

Oltre ai rimedi amministrativi e civili adottati dalla SEC nell'ambito dei procedimenti intentati contro alcune delle maggiori banche americane (*Goldman Sachs*, *JP Morgan* e *Bank of America*)[393], il DOJ ha optato per il perseguimento dei grandi colossi finanziari, non già in veste di *prosecutor* bensì di autorità di *enforcement* del *False Claims Act* (FCA) e, soprattutto, del *Financial Institutions Reform, Recovery and Enforcement Act* (FIRREA).

Il FIRREA è stato introdotto nel 1989 in occasione della c.d. *savings and loan crisis* e, dopo le prime applicazioni, è rimasto per molti anni inattuato; fino, appunto, alla crisi del 2008, quando il DOJ – autorità incaricata della sua applicazione – vi ha visto uno strumento ideale per colpire con maggiore agilità, e non certo delicatamente, i *promotori* della crisi, mediante sanzioni (esclusivamente) pecuniarie non (formalmente) penali, ma comunque capaci di raggiungere cifre elevatissime[394].

La particolare agilità del mezzo è data anzitutto dagli ampi poteri investigativi assegnati al DOJ, il quale, nella conduzione delle indagini finalizzate al procedimento *civile* può applicare particolari *subpoena* di stampo amministrativo [12 U.S.C. § 1833a(g)], diretti a costringere gli enti oggetto d'investigazione a collaborare alle

---

[390] D. ZARING, *op. cit.,* 1411.

[391] In particolare, la *Security Exchange Commission* (SEC), il *Department of Justice* (DOJ) nelle sue competenze extra-penali e autorità di regolazione come il *Federal Deposit Insurance Corporation's* (FDIC): cfr. *Ivi,* 1445 ss.

[392] Tra queste, principalmente, il *False Claims Act* (FCA) e il *Fianancial Institution Reform, Recovery, and Enforcement Act* del 1989, FIRREA.

[393] Press Release, U.S. Sec. & Exch. Comm'n, No. 2010-123, Goldman Sachs to Pay Record $550 Million to Settle SEC Charges Related to Subprime Mortgage CDO (July 15, 2010). Goldman Sachs (v. *Consent of the Defendant Goldman Sachs to the Proppsed Judgment*») dichiara che: «*consistent with 17 C.F.R. 202.5(f), this Consent resolves only the claims asserted against Defendant in this civil proceeding. Defendant acknowledges that no promise or representation has been made by the Commission or any member, officer, employee, agent, or representative of the Commission with regard to any criminal liability that may have arisen or may arise from the facts underlying this action or immunity from any such criminal liability*». V. inoltre: Press Release, U.S. Sec. & Exch. Comm'n, No. 2012-233, SEC Charges J.P. Morgan and Credit Suisse with Misleading Investors in RMBS Offerings (Nov. 16, 2012); *SEC v. Bank of Am*., No. 10 Civ. 0215 (JSR), 2010 U.S. Dist. Lexis 54171 (S.D.N.Y. Apr, 6, 2010).

[394] N. S. ELLIS – S. B. DOW–D. SAFAVIAN, *Use of Firrea to impose liability in the wake of the global financial crisis: a new weapon in the arsenal to prevent financial fraud*, in 18 *U. Penn. J. Bu. L.* (2015), 119 ss.; T. LY, *Why FIRREA and Civil Enforcement Cannot Replace Individual Criminal Liability,* 51 *Wash. U. J. L. & Pol'y* (2016), 279 ss.

indagini (mediante la raccolta di testimonianze e la rassegnazione di documenti e registrazioni rilevanti per il procedimento). Nessuno degli atti investigativi condotti nell'ambito del FIRREA è peraltro sottoposto all'autorizzazione del giudice. Il DOJ è poi fortemente avvantaggiato sotto l'aspetto dell'onere della prova, mutando radicalmente lo *standard* di giudizio [12 U.S.C. § 1833a(f)]: dall'oltre ogni ragionevole dubbio (*beyond a reasonable doubt*) si passa qui alla prevalenza della prova (*preponderance of the evidence*) che il soggetto abbia commesso una delle *offenses* sanzionate dal FIRREA[395].

La costruzione di queste *offenses* è piuttosto curiosa. La *section* 951 del FIRREA (12 U.S.C. § 1833a) in sostanza consente di utilizzare – in alternativa od in aggiunta – al potere (*punitivo*) di tipo *penale* quello (*punitivo*) di tipo *civile* per quattordici fattispecie di reato in materia di frode previste al *Title 18* dell'*U.S. Code*. Poiché il FIRREA si propone in particolare di colpire quei comportamenti che riguardano (*involve*) o incidono (*affect*) un istituto finanziario (*financial institution*), nove di queste fattispecie, quelle che già contemplano nel tipo criminale il coinvolgimento di un istituto di credito (quale ad esempio il reato di *bank fraud* di cui al 18 U.S.C. § 1344), sono semplicemente richiamate dal FIRREA; per le altre cinque, quelle più generiche, tra cui rientrano i reati di *mail fraud* e di *wire fraud* (18 U.S.C. §§ 1341 e 1343), si prevede che il governo dovrà in aggiunta provare la frode sia stata commessa «*affecting* a federally insured financial instituton».

Poiché la legge non definisce il concetto di «to *affect*», la giurisprudenza[396] ha peraltro sul punto chiarito che esso non sia da accostarsi alla ristretta nozione di vittimizzazione (to *victimize*), che presuppone una distinzione soggettiva tra vittima e perpetratore dell'offesa, dovendo invece essere accostato al più generale concetto di coinvolgere (to *involve*). Questa interpretazione teleologicamente orientata, sembra infatti meglio rispondere agli intendimenti del legislatore di punire ogni tipo di frode «*that puts insured deposits at risk*»; questo, dunque, anche quando l'ente oggetto di procedimento (la previsione del FIRREA si applica a qualunque soggetto, *whoever*) sia lo stesso istituto coinvolto e sottoposto al rischio finanziario.

Ebbene, adottando i potenti mezzi del FIRREA, molte banche – tra cui *Citigroup*, *Bank of America* e *JP Morgan*[397] – e le principali agenzie di *rating* – in particolare,

---

[395] Su tutti questi aspetti N. S. ELLIS–S. B. DOW–D. SAFAVIAN, *Use of Firrea to impose liability in the wake of the global financial crisis*, cit., 127 ss. T. LY, *Why FIRREA and Civil Enforcement Cannot Replace*, cit., 284 ss.

[396] Cfr. *U.S. v. The Bank of New York Mellon*, 941 F. Supp. 2d 438 (S.D.N.Y. 2013). Su questa pronuncia e su altre pronunce interpretative del FIRREA v. T. LY, *Why FIRREA and Civil Enforcement Cannot Replace*, 287 ss.

[397] Cfr. *Press Release, U.S. Dep't of Justice,* No. 14-884, *Bank of America to Pay $16.65, Billion in Historic Justice Department Settlement for Financial Fraud Leading Up to and During the Financial Crisis* (Aug. 21, 2014); *Press Release, Dep't of Justice*, No. 14-733, *Justice Department, Federal and State Partners Secure Record $7 Billion Global Settlement with Citigroup for Misleading Investors About Securities Containing Toxic Mortgages* (July 14, 2014); *Press Release*, *Dep't of Justice*, No. 12-1237, *Justice Department, Federal and State Partners Secure Record $13 Billion Global Settlement with JPMorgan for Misleading Investors About Securities Containing Toxic Mortgages* (Nov. 19, 2013). In questi accordi, il DOJ precisa sempre che «*the settlement does not release individuals from civil charges,*

Moody's[398] e *Standard and Poor's*[399] – sono state costrette a pagare sanzioni pecuniarie elevatissime nei confronti del Governo degli USA.

6. Sull'opera di criminalizzazione in concreto delle *securities frauds* nel *post*-crisi

Il movimento di reazione verso i comportamenti criminali *crisis-related* descrive una *fuga* dal diritto penale di portata ed evidenza tale da non poter lasciare indifferente l'osservatore che abbia a mente da un lato le costanti empirico-criminologiche che affliggono il processo penale in costanza dei disastri finanziari e, dall'altro, i caratteri della normativa penale statunitense applicabile in questa materia; normativa che, caratterizzata com'è da un grado di *frammentarietà* vicino allo zero (se non per l'elemento *soggettivo* che introduce un qualche margine di *selettività*), e da livelli sanzionatori elevatissimi, appare congegnata per un utilizzo *muscolare* ed *emotivamente* orientato, perfettamente coerente con la sua origine *scandal driven.*

Ebbene, da un sistema repressivo di questo tipo ci saremmo aspettati una reazione diversa.

Di fronte a *maxi*-processi e all'irrogazione di pene manifestamente sproporzionate per alcuni capri espiatori "eccellenti", avremmo saputo individuare una deriva *simbolista* del diritto penale, l'asservimento della pena a obiettivi politici e il suo utilizzo strumentale in sostituzione di rimedi meno sensibili al consenso, ma più capillari ed efficaci.

Ci troviamo invece di fronte ad un inaspettato cambio di rotta: un *sistema penale* apparentemente predisposto per dare agio a dinamiche espressive e comunicative della pena, ha prodotto una reazione *inespressiva*, a-*simbolica* e tendenzialmente *de*-mediatizzata.

Sarebbe troppo facile a questo punto accontentarci di questa constatazione, accomodandoci nel sentimento di approvazione per un complessivo ripiegamento del diritto penale di fronte ad un evento *disastroso*, prodotto, a nostro modo di vedere, di una responsabilità *ampia* e *diffusa* diffusa (ed invero estesa anche alle sue stesse "vittime").

---

nor does it absolve [the bank], its current or former subsidiaries and affiliates or any individuals from potential criminal prosecution».

[398] Nel 2017, l'agenzia internazionale *Moody's* – accusata di aver gonfiato il *rating* dei mutui ipotecari tossici, ed in particolar di aver applicato *standard* di valutazione notevolmente più blandi rispetto a quelli pubblicati dalla stessa agenzia – ha "patteggiato" con il DOJ il pagamento di una sanzione civile pari a circa 864 milioni di dollari (destinata in parte alle autorità federali ed in parte ai singoli Stati ricorrenti), per porre fine a diverse inchieste portate avanti dal *Justice Department's Consumer Protection Branch* e dall'*U.S. Attorney's Office for the District of New Jersey* ai sensi del FIRREA (nonché da alcune autorità statali ai sensi di altre normative nazionali) Cfr. *DOJ – Office of Public Affairs,* "*Justice Department and State Partners Secure Nearly $864 Million Settlement With Moody's Arising From Conduct in the Lead up to the Financial Crisis"* (Friday, January 13, 2017), in www.justice.gov.

[399] Ancor più salata è stata la multa pagata da *Standards and Poor's.* Cfr. *DOJ – Office of Public Affairs,* "*Justice Department and State Partners Secure $1.375 Billion Settlement with S&P for Defrauding Investors in the Lead Up to the Financial Crisis*" (Tuesday, February 3, 2015), in www.justice.gov.

Al contrario, il meccanismo di questo arretramento merita di essere studiato; e poiché la battuta di arresto della macchina penale si lascia registrare in un momento che precede la fase giudiziale, è nelle dinamiche decisionali delle *agenzie di controllo* incaricate dell'esercizio dell'azione penale che bisognerà per lo più indagare.

6.1. I giudizi di opportunità delle agenzie e la normalità della "selezione penale" nel sistema statunitense in materia di frodi finanziarie

Il sistema punitivo statunitense, in generale, ed in particolare nella materia di cui ci occupiamo, appare fortemente influenzato dai giudizi di *opportunità*, criminal-politicamente orientati, operati dalle autorità di *enforcement*. Come in ogni ordinamento orientato al principio di discrezionalità dell'azione penale, tali giudizi operano come filtro selettivo tra ciò che possiede un'astratta rilevanza penale e ciò che sarà poi concretamente sottoposto ad un procedimento penale. Senza prendere in carico, in una prospettiva questa volta tutta *dinamica*, le peculiarità dei meccanismi di "selezione penale" [400] operanti nell'ordinamento statunitense, non è dunque possibile né comprendere se davvero la reazione penalistica alla crisi di cui ci occupiamo segni un'*anormalità* rispetto a quel sistema, né capire perché, eventualmente, tale *anormalità* si sia verificata proprio in riferimento alla crisi economico-finanziaria del 2008.

Ebbene, nella materia di cui ci occupiamo, un primo filtro selettivo, operato tramite un giudizio di tipo *discrezionale*, è da ricondursi all'attività delle autorità amministrative. Come abbiamo già illustrato, la SEC, in quanto organo deputato alla vigilanza finanziaria ma non dotato di competenza in materia penale, è incaricata della segnalazione al DOJ delle notizie di reato di cui viene a conoscenza nel corso della propria attività. Il passaggio dell'informazione avviene, appunto, su base *discrezionale* (l'unico vincolo per la SEC è, una volta che opti per la denuncia dei fatti, di trasmettere al DOJ gli elementi di prova raccolti), tradizionalmente in base a considerazioni che attengono alla gravità del reato; gravità che tende ad essere parametrata in particolare sull'entità del danno provocato agli investitori, sull'ambientazione criminale della condotta e sulla presenza di indici di pericolosità del suo autore[401].

Diciamo subito che pare improbabile che questa, pur importante, variabile condizionante abbia giocato davvero un qualche ruolo nell'ambito della crisi economico-finanziaria del 2008, in considerazione del fatto che la cinghia di trasmissione delle notizie al DOJ tende ad attivarsi (anche) sulla base dei danni risentiti

[400] In tema, v. C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, cit., *passim*; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., *passim*.

[401] La segnalazione al DOJ tradizionalmente avviene in quattro diverse situazioni: 1) quando la violazione riguarda soggetti coinvolti nella *criminalità organizzata*; 2) in presenza di un'ipotesi di *recidiva*; 3) quando l'illecito abbia causato un *ingente danno agli investitori*; 4) quando la violazione è stata resa possibile o agevolata dall'attuazione di uno *schema corruttivo* nei confronti di un funzionario della SEC o di altro pubblico ufficiale. Cfr. F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato,* cit., 153. V. inoltre, R.C. FERRARA–P.S. KHINDA, *SEC enforcement Proceedings*, cit., 1186 ss.

dagli investitori e, soprattutto, del fatto che quello tra la SEC e il DOJ non è che uno dei tanti canali attraverso i quali la notizia di reato può arrivare alla seconda agenzia, la quale mantiene sempre un potere d'iniziativa suo proprio.

Maggiore attenzione meritano invece i giudizi di *opportunità* assegnati direttamente alle agenzie di controllo penale. Qui i caratteri del sistema repressivo in materia di frodi finanziarie non si distingue da quello di ogni altro settore. Il principale momento di selezione è ovviamente da individuarsi nell'esercizio del potere discrezionale dei *prosecutors*, sulla base delle c.d. *guidelines*, che offrono alcune linee di indirizzo in merito all'esercizio dell'azione penale nel caso singolo. Benché esistano linee guida anche di tipo *locale*, ossia emanate dai singoli uffici federali, la maggiore rilevanza è comunque da attribuirsi alle linee guida generali (i *Principles of Federal Prosecution*) contenute nell'*US Attorney Manual* (U.S.A.M.).

> Più addietro nel lavoro, ci siamo occupati dei fattori che indirizzano l'azione dei *prosecutors* nell'ambito degli enti, in particolar modo contenuti nel *Title* 9-28.000 dell'U.S.A.M.. Al *Title* 9-27.000 sono invece previsti i fattori orientativi dell'azione dei *prosecutors* nei confronti delle persone fisiche, tra i quali rientrano, in particolare: 1. la presenza di ordini di priorità stabilite dalla legge federale (*the federal law enforcement priorities*); 2. la natura e la gravità del reato, da valutarsi in particolare in base al danno provocato alla comunità (*the nature and seriousness of the offense*); 3. l'effetto deterrente che possa derivare dall'esercizio dell'azione penale (*the deterrent effect of prosecution*); 4. la disponibilità dell'imputato a cooperare nelle indagini o nel perseguimento penale di altri imputati (*the person's willingness to cooperate in the investigation or prosecution of others*); 5. il ruolo ricoperto dal singolo nella commissione di un reato (*the person's culpability in connection with the offense*); 6. la storia criminale dell'indagato (*the person's history with respect to criminal activity*); 7. l'interesse delle vittime (*the interests of any victims*); 8. la probabilità del raggiungimento di una condanna (*the probable sentence or other consequences if the person is convicted*).

Le *guidelines* di cui parliamo sono strumenti potentissimi, sia perché suscettibili, qualora applicate massivamente, sia di dare vita a vere e proprie linee politico-criminali, sia perché capaci di mutare il volto sostanziale degli illeciti, ritagliando, all'interno di una fattispecie astratta, una sottoclasse (altrettanto generale e astratta) di ipotesi per così dire «realmente rilevanti» per il diritto penale[402]. Benché non vincolino, a ben vedere, proprio nessuno[403], questi strumenti hanno un potere estremamente marcato di orientare l'andamento dell'azione punitiva.

Non deve poi essere sottovaluto il peso che, sui meccanismi di *enforcement* penale, riveste la discrezionalità di cui godono gli organi di polizia (in particolare, nella materia

[402] Poiché le *guidelines* sono formulate in termini generali ed astratti, ci si è chiesti se esse non vadano «addirittura ad incidere sulla descrizione normativa del tipo di illecito, configurando una vera e propria integrazione tra fonti». M. PAPA, *op. ult. cit.*, 223.

[403] Nella *Preface* contenuta alla *Section* 9-27.000 dell' U.S.A.M., ma estendibile anche alla *Section* 9-28.000, si legge che: «*These principles of federal prosecution have been designed to assist in structuring the decision-making process of attorneys for the government. For the most part, they have been cast in general terms with a view to providing guidance rather than to mandating results. The intent is to assure regularity without regimentation, and to prevent unwarranted disparity without sacrificing necessary flexibility*».

di nostro interesse, l'FBI), i quali procedono ad uno *screening* da un lato indispensabile per il funzionamento quotidiano del sistema penale, dall'altro estremamente incisivo[404] (anche perché, per certi versi, incontrollabile). Questo *screening* preliminare è infatti capace di condizionare l'*enforcement* di intere classi di reati, in particolare quando esercitato sulla base dei c.d. *executive orders*, ossia particolari linee-guida nelle quali viene stabilito l'ordine di priorità dei reati su cui investigare. Su un piano più generale si collocano, infine, le c.d. *enforcement priorities or missions* proclamate dal *Department of Justice*, vere e proprie direttive generali di politica criminale, aventi come destinatari tanto le autorità di *enforcement*, quanto la collettività[405].

L'insieme di questi giudizi di *opportunità*, *criminal-politicamente* connotati, operati dalle autorità di *enforcement* hanno garantito – almeno fino alla crisi-economico finanziaria – l'equilibrio del sistema punitivo mediante il ricorso a criteri selettivi rimessi all'apprezzamento delle autorità di *enforcement*. In presenza di un mercato finanziario imponente e di una normativa capillare, il meccanismo dei giudizi di *opportunità* avevano, in particolare, da un lato salvato il sistema dal rischio di una probabile crisi da incontenibilità[406], dall'altro consentito che lo stesso sistema guadagnasse legittimazione grazie alla sua capacità di intervenire in maniera puntuale e severa in risposta alle istanze di tutela emergenti dalla comunità degli investitori e dei risparmiatori.

6.2. Le linee giustificative avanzate dai prosecutors

Per comprendere quali meccanismi siano all'origine di un'opera di criminalizzazione in concreto[407] così contenuta nel tempo della crisi, abbiamo detto di dover ricercare nelle dinamiche selettive che in particolare interessano l'esercizio del potere *discrezionale* dei *prosecutors*.

Ma per capire quali fattori abbiano in concreto determinato l'andamento punitivo del sistema statunitense della crisi, non possiamo che seguire le linee giustificative avanzate dagli stessi *prosecutors* e divenute oggetto di dibattito pubblico.

6.2.1. Difficoltà di punire e diseconomicità dell'esercizio dell'azione penale. «Too hard to win» *perché* «too difficult to prove»

La prima giustificazione sul perché la macchina penale non ha prodotto risultati conformi alle aspettative sociali procede su un piano *materiale,* muovendo dal presupposto della scarsità di risorse necessarie per la conduzione dei relativi procedimenti penali. Essa è stata declinata in senso assoluto e in senso relativo. In senso assoluto, si è fatto riferimento sia alla carenza di risorse umane ed economiche

[404] M. PAPA, *op. ult. cit.*, 220 ss. Sul tema della *police discretion*, nella letteratura statunitense, v. per tutti W.LAFAVE–J.ISRAEL*, Criminal Procedure,* St. Paul, Minn., 1985, 559 ss.
[405] M. PAPA, *op. ult. cit.*, 224.
[406] *Ivi,* 157.
[407] Su questo concetto rinviamo a G. FORTI, *L'immane concretezza,* cit., 54 ss.

sufficienti a perseguire capillarmente una tale massa di violazioni, commesse per lo più all'interno di ogni istituto di credito e a tutti i livelli della scala gerarchica, sia all'insufficiente livello di specializzazione delle forze destinate alle indagini, chiamate a muoversi in una materia estremamente complessa e, in buona parte, sconosciuta.

Così declinato, l'argomento non persuade, non solo perché non tiene conto del fatto che le agenzie di controllo agiscono sempre, per definizione, in una situazione di ristrettezza di risorse, ma anche perché confligge con il dato storico per cui, in occasione della crisi economico-finanziaria del 2008, le risorse – in particolare quelle umane – destinate al perseguimento penale dei crimini economici furono in realtà aumentate.

> Negli Stati Uniti la competenza per le indagini in materia di frodi è ripartita su due autorità: la *Securities Exchange Commission* (SEC) e il *Department of Justice*, quest'ultimo per mezzo del *Bureau of Investigation* (FBI). Nel 2001, a seguito del trasferimento di più di un milione di agenti dell'FBI nella sezione antiterrorismo, soltanto 120 agenti rimasero ad occuparsi dei 50.000 *report* sulle truffe finanziarie.
>
> Ma con il *Fraud Enforcement and Recovery Act del* 2009, l'FBI, così come il DOJ e la SEC (peraltro già in buono stato di salute), furono dotati di fondi speciali da destinare alla materia delle truffe finanziarie; inoltre nel 2009, con ordine esecutivo del Presidente[408], fu creata la *Financial Fraud Enforcement Task Force* (FFETF), con lo scopo di indagare su comportamenti *crisis-related* e di vigilare sulla verificazione di una crisi del tipo di quella del 2008 («*to hold accountable those who helped bring about the last financial crisis, and to prevent another crisis from happening*»).

Maggiore credibiltà assume l'argomento quando speso in senso *relativo*, ossia quando più che di impossibilità assoluta di condurre le indagini per assenza di mezzi materiali, si parla di assenza di convenienza dell'azione penale[409], a fronte della *difficoltà* di raggiungere un risultato di condanna in giudizio.

L'argomento del «*too hard to win*» discende direttamente dai *Principles of Federal Prosecution.* Qui, partendo dalla constatazione che il sistema di *enforcement* opera *per definizione* in una condizione di ristrettezza di risorse, si dice infatti a chiare lettere che l'esercizio dell'azione penale deve essere rimesso ad una valutazione comparativa costi/benefici, da esercitarsi in particolare alla luce della sua probabilità di successo[410].

---

[408] White House, "Executive Order 13519 - Establishment of the Financial Fraud Enforcement Task Force", November 17 2009, disponibile qui http://www.whitehouse.gov/the-press-office/executive-order-financial-fraud-enforcement-task-force.

[409] Entrano qui in campo considerazioni basate sulla difficoltà intrinseca della materia, che avrebbe particolarmente difficoltose le indagini, o sulla presenza di casi più remunerativi da seguire, tra cui il caso *Madoff* per la SEC e il caso *Rajaratnam* per il DOJ, quest'ultimo fatalmente assegnato al dipartimento con più esperienza in materia, ossia al Southern District of New York. Cfr. J. RAKOFF, J. RAKOFF, *Why Have No High-Level Executives Prosecuted?,* cit., 11.

[410] Cfr. *Principles of Federal Prosecution*, 9-27.230 – *Initiating and declining charges— Substantial federal interest*, in part. par. 9 – *The Probable Sentence or Other Consequence*: «*In assessing the strength of the federal interest in prosecution, the attorney for the government should consider the sentence, or other consequence, that is likely to be imposed if prosecution is successful, and whether such a sentence or other consequence would justify the time and effort of prosecution*»).

Questo principio di *economicità* dell'azione penale, enunciato per le persone fisiche, vale anche per gli enti[411].

6.2.1.1. La difficoltà di provare l'elemento psicologico in capo alla persona fisica, tra willfull blindness *e* intent to defraud

L'argomento del «*too hard to win*» è stato speso soprattutto in relazione alla difficoltà di raggiungere in giudizio la prova dei reati contestati[412], con particolare riferimento all'elemento della *reliance* e all'elemento soggettivo.

Il primo ostacolo deriverebbe dal principio di *common law* per cui, per poter configurare una qualsiasi *fraud*, sarebbe necessario provare la *reliance* del soggetto passivo, ossia la presenza di un affidamento nell'informazione fornitagli dal soggetto dato dall'incapacità di identificare la presenza di un artifizio o di un raggiro[413]. Qualora il soggetto passivo abbia invece la capacità di percepire il carattere artificioso dell'informazione, non facendo dunque affidamento sulla rappresentazione offerta dall'agente, sarebbe impossibile configurare, secondo i principi della *common law*, lo schema di una frode. Ebbene, poiché i *mortgage-backed securities* venivano tendenzialmente venduti a investitori professionali (*sophisticated counterparties*), la prova della *reliance* sarebbe stata estremamente difficile da raggiungere in giudizio.

A questa giustificazione sono state mosse due obiezioni[414].

La prima riguarda la circostanza per cui, in ragione delle modalità con cui avvengono le transazioni su strumenti finanziari (gli scambi si realizzano a grandissime velocità, a distanza e a mezzo di strumenti informatici), non è affatto ovvio che la controparte professionale ed esperta sia messa in concreto nella condizione di esercitare la propria esperienza al fine di intercettare il carattere di decettività dell'informazione.

La seconda attiene invece al fatto che le fattispecie incriminatrici contenute nella normativa federale e rilevanti in materia (in particolare, i reati di *mail fraud*[415], *wire fraud*, *bank fraud*) non contengono un *reliance requirement*, trattandosi di fattispecie che tutelano, insieme al patrimonio della vittima, anche l'integrità del mercato nel suo complesso, mirando dunque alla trasparenza e correttezza delle informazioni, a prescindere dall'idoneità decettiva dell'informazione nei confronti del singolo destinatario[416].

---

[411] Cfr. *Principles of Federal Prosecution against Corporations*, 9-28.300 – *Factors to be considered*, dove si rinvia ai criteri dettati per le persone fisiche nella *Section* 9-27.200.

[412] M. WANG, *Why No Financial Crisis Prosecutions? Ex-Justice Official Says It's Just Too Hard, ProPublica* (Dec. 6, 2011), http://www.propublica.org/article/why-no-financial-crisis-prosecutions-official-says-its-just-too-hard..

[413] In tema, v. E.S. PODGOR, *Criminal Fraud,* in 48 *Am. U. L. Rev.* (1999), 729 ss.; J.C.P. GOLDBERG–A. J. SEBOK – B.C. ZIPURSKY, *The Place of Reliance in Fraud.* 48 Ariz. L.Rev. (2006), 1001 ss.

[414] J. RAKOFF, *Why Have No High-Level Executives Prosecuted?,* cit., 6.

[415] Su questa fattispecie in particolare, v. C. CHELLY-GENCO, *Whatever Happened to Durland: Mail Fraud, RICO, and Justifiable Reliance*, in 68 *Notre Dame L. Rev.* (1999), 333 ss.

[416] Cfr. J. RAKOFF, *Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted*, cit., 7. Sarà tuttavia sempre possibile per l'imputato addurre una *reliance-based defence*, la quale dovrà sostanziarsi nell'allegazione e

Passando invece alla giustificazione legata alla difficoltà di raggiungere la prova del *fraudulent intent* in capo ai *traders*[417], si è detto che sarebbe stato assai difficile provare la conoscenza, da parte del *trader-securitazor*, del reale contenuto del prodotto finanziario passato dalle sue mani, trovandosi questi spesso ad operare su strumenti finanziari originati e poi riconfezionati da altri *traders* (*originators* o *securizators*), strumenti che le agenze di *rating* continuavano peraltro a valutare come affidabili.

Com'è stato notato[418], questa obiezione, così formulata, sembra però contrastare con il consolidamento nell'ordinamento americano – grazie all'opera degli stessi *prosecutors* – della teoria della «*willfull blindness*» (talvolta indicata sotto le formule di «*conscious disregard*», «*deliberate ignorance*» o «*conscious avoidance*»), per cui la conoscenza dell'imputato di un determinato fatto può essere dedotta dalla consapevolezza della possibilità che quel dato fatto potesse sussistere; teoria ormai divenuta, per espresso riconoscimento della Corte Suprema[419], parametro normale di "accertamento" dell'elemento soggettivo nei reati economici[420].

Se è vero che lo *standard* della *willfull blindness* avrebbe potuto consentire di superare, in sede di giudizio, le incertezze in ordine alla *rappresentazione* della rischiosità dei prodotti finanziari oggetto delle operazioni di investimento, d'altra parte esso non sembra funzionare rispetto alla prova dell'elemento *volitivo* della *mens rea*, in costanza di incriminazioni che richiedono uno specifico *intent*[421].

---

nella prova che la condotta ingannatoria rispetto al mercato non abbia in realtà tratto in inganno il pubblico, o perché questo non l'ha considerata un'informazione rilevante o perché non vi hanno fatto affidamento o, infine, perché chi ha diffuso l'informazione l'ha poi corretta, diffondendo un'informazione non veritiera: cfr. F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, cit., 110.

[417] *Ivi*, 8 ss.

[418] *Ivi,* 5 ss: «*This, of course, is what is known in the law as "willful blindness" or "conscious disregard." It is a well-established basis on which federal prosecutors have asked juries to infer intent, in cases involving complexities, such as accounting treatments, at least as esoteric as those involved in the events leading up to the financial crisis. And while some federal courts have occasionally expressed qualifications about the use of the willful blindness approach to prove intent, the Supreme Court has consistently approved it*».

[419] Cfr. *U.S. v. Jewell*, 532 F.2d 697 (9th Cir. 1976).

[420] Trattasi peraltro del medesimo *standard* adottato dal *Model Penal Code*, in base al quale se un soggetto agente *si rende* conto dell'alta probabilità dell'esistenza di una circostanza, egli *conosce* automaticamente quella circostanza, a meno che egli sia convinto che non esista. Cfr. *Model Penal Code, Section* 2.03.

[421] Dobbiamo peraltro notare che le incriminazioni rilevanti in materia sono caratterizzate tutte da forme qualificate di dolo. Tra queste riconosciamo la *willfullness*, ossia una deliberazione sorretta da intenzione di commettere il reato (*evil purpose*), quale forma di colpevolezza che deve sorreggere le violazioni del *Securities and Exchange Act* (la *section* 32 (a) impiega infatti l'avverbio «*willfully*»). Nelle sections 1341 (*mail fraud*) e 1343 (*wire fraud*) si parla invece di «*purpose of executing a scheme or artifice*», richiedendosi dunque la piena *intenzionalità* di eseguire il progetto fraudolento. Non fa peraltro eccezione la *section* 1348: pur essendo qui richiamato il concetto di semplice *knowledge* («*whoever knowingly executes a scheme or artifice*»), tale elemento soggettivo è accompagnato da una proiezione finalistica ad ingannare l'altrui persona (1) o ad ottenre un risultato lucrativo, mediante richieste o promesse *fraudolente* o comunque mediante la rappresentazione *artificiosa* del valore di strumenti finanziari (2). Non rileva dunque penalmente qualsiasi comportamento artificioso, ma solo quello diretto *intenzionalmente* a trarre in inganno e ad indurre in errore gli investitori. Abbiamo visto come, nell'unico processo condotto con le forme ordinarie (ci riferiamo al processo *Tannin* e *Cioffi*), l'assoluzione degli imputati si fosse giocata proprio sull'assenza di un *intent to defraud*, e sulla differenza tra questa forma di

Se l'argomento del *too hard to win* fondato sulla difficoltà di provare l'elemento psicologico appare plausibile rispetto alle persone fisiche, lo è meno in riferimento alle persone giuridiche. È infatti necessario segnalare come la prassi tenda ad impoverire grandemente i meccanismi imputativi che sarebbero propri della dottrina del *respondeat superior*, ritenendo comunque responsabile l'ente a prescindere dalla possibilità di individuare una *offense* integrata in tutti i suoi elementi, in particolare senza richiedere che sia rintracciata in capo all'*agent* la *mens rea* richiesta dall'incriminazione[422].

6.2.1.2. «Too hard to win» *e presenza di alternative "adeguate" al processo penale*

L'argomento fondato sulla comparazione costi/benefici del procedimento penale è completato da un'altra direttiva che rinveniamo nei *Principles*, che conviene qui riportare per intero. Al § 9-27.250 che: «*When a person has committed a federal offense, it is important that the law respond promptly, fairly, and effectively. This does not mean, however, that a criminal prosecution must be commenced. In recognition of the fact that resort to the criminal process is not necessarily the only appropriate response to serious forms of antisocial activity, Congress and state legislatures have provided civil and administrative remedies for many types of conduct that may also be subject to criminal sanction. Examples of such non-criminal approaches include civil tax proceedings; civil actions under the False Claims Act or other statutory causes of action for false or fraudulent claims; civil actions under the securities, customs, antitrust, or other regulatory laws; administrative suspension and debarment or exclusion proceedings; and reference of complaints to licensing authorities or to professional organizations such as bar associations. Another potentially useful alternative to prosecution in some cases is pretrial diversion*».

Rispetto all'attivazione dello strumento punitivo, in presenza di rimedi concorrenti, i *Principles of Federal Prosecution* offrono una linea di indirizzo chiaro, richiamando la necessità che i *prosecutors* familiarizzino con strumenti diversi da quello penale, potendo questi talvolta *sostituire* lo strumento punitivo[423], quando ritenuti idonei allo scopo. Tale *adeguatezza* deve essere valutata sulla base di tre elementi: «*the nature and severity of the sanctions or other measures that could be imposed, the likelihood that an*

---

mens rea e la semplice *recklessness*, ossia un atteggiamento di ignoranza del rischio o eccessivo ottimismo rispetto agli indici di rischio percepiti.

[422] Il *leading case* in materia è *U.S. v. Bank of New England*, N.A., 821 F.2d 844, 856 (1st Cir. 1987), *cert. denied* 108 S. Ct. 328 (1987). Cfr. S. SUN BEALE, *The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability*, 126 *Zeitshrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 2014, 27 ss.

[423] Si legge nei *Principles of Federal Prosecution* (9-27.250 – *Non-criminal alternatives to prosecution*): «*Attorneys for the government should familiarize themselves with these alternatives and should consider pursuing them if they are available in a particular case. Although on some occasions they should be pursued in addition to criminal prosecution, on other occasions these alternatives can be expected to provide an effective substitute for criminal prosecution. In weighing the adequacy of such an alternative in a particular case, the prosecutor should consider the nature and severity of the sanctions or other measures that could be imposed, the likelihood that an adequate sanction would in fact be imposed, and the effect of such a non-criminal disposition on federal law enforcement interests*».

adequate sanction would in fact be imposed, and the effect of such a non-criminal disposition on federal law enforcement interests».

L'analisi dell'*enforcement* di comportamenti *crisis-related* ci ha restituito un quadro in cui mentre la macchina *penale* tendeva a rimanere inoperosa, la macchina *civile* e quelal *amministrativa* procedevano a recuperare i profitti illeciti mediante confische, ad applicare sanzioni pecuniarie elevatissime, ad emettere diffide ed ordini ingiuntivi.[424] . Sembrerebbe allora ovvio che l'argomento del «*too hard to win*» si sia unito a questo secondo argomento *razional-efficientista* per disattivare, in una fase estremamente anticipata, la macchina del processo penale.

Con tutta evidenza, quindi, i *prosecutors* devono aver ritenuto *adeguati* i rimedi alternativi, giudicando a loro volta *adeguate* le sanzioni (formalmente) non penali imposte al di fuori del processo penale. Non vi è peraltro alcun dubbio che gli strumenti alternativi a quello penale garantiscano un grado maggiore di sicurezza nel risultato e una maggiore rapidità, nel suo complesso rendendo più *efficace* ed *efficiente* il sistema di *enforcement* delle *securities frauds*.

6.2.2. Disutilità della pena («too harmful to jail»*)*

La seconda giustificazione presentata dai *prosecutors* ha anch'essa un fondamento di tipo *materiale*, ma procede in una prospettiva invertita. Non si guarda qui infatti ai costi necessari a promuovere il procedimento penale a fronte di una scarsa probabilità di «*success at trial*», bensì ai costi (economici e sociali) che potrebbero derivare dall'eventuale ottenimento del risultato *punitivo*, o comunque dallo stesso avviamento del procedimento penale; ossia al rischio che la pena risulti non tanto *sconveniente* o *inutile*, ma *disutile*. Questa giustificazione è stata utilizzata con specifico riferimento all'ambito collettivo, a sostegno dell'assenza di procedimenti penali nei confronti di particolari categorie di enti che, per le dimensioni raggiunte e il tipo di attività svolta, sono considerati di importanza strategica per il mantenimento delle condizioni di stabilità del sistema economico-finanziario[425].

---

[424] È sufficiente dare un'occhiata al rapporto dell'attivitità della SEC per l'anno 2014 per rendersi conto del divario sussistente tra i casi che hanno trovato una composizione amministrativa e quelli risolti in sede penale. Cfr. Security and Exchange Commission "SEC Enforcement Actions – addressing the misconduct that led to or arose from the financial crisis" (September 14, 2014) available from http://www.sec.gov/spotlight/enf-actions-fc.shtml).

[425] Ad esempio, per quanto riguarda le c.d. *systemic financial service institutions* americane, quelle banche che – potendo vantare *assets* per cifre uguali o superiori 50 triliardi di dollari – sono annualmente sottoposte a procedure di "stress test" da parte della *Federal Reserve*. Nel 2013 rientravano ad esempio nella categoria, Ally Financial Inc., American Express Company, Bank of America Corporation, The Bank of New York Mellon Corporation, BB&T Corporation, Capital One Financial Corporation, Citigroup Inc., Fifth Third Bancorp, The Goldman Sachs Group, Inc., JPMorgan Chase & Co., KeyCorp, Morgan Stanley, The PNC Financial Services Group, Inc., Regions Financial Corporation, State Street Corporation, SunTrust Banks, Inc., U.S. Bancorp, Wells Fargo & Company. Cfr. *Dodd-Frank Act Stress Test 2013: Supervisory Stress Test Methodology and Results*, http://www.federalreserve.gov/ bankinforeg/stress-tests/appendix-c.htm, *archived at* http://perma.cc/6KUR- 3X8W.

Nel marzo 2013, il procuratore generale Eric Holder, davanti alla commissione investigativa del Senato, affermava che «*it does become difficult for us to prosecute them when we are hit with indications that if we do prosecute – if we do bring a criminal charge – it will have a negative impact on the national economy, perhaps even the world economy*»[426]. "Andare fino in fondo" – per riprendere l'espressione di *Mario Romano* – avrebbe significato infliggere un altro duro colpo ad un'economia impegnata a rialzarsi da un disastroso crollo.

Come ormai sappiamo, il problema degli effetti collaterali della pena rappresenta uno degli snodi centrali del diritto penale globalizzato, che nei *DPAs* o *NPAs* – quale punto d'incontro tra le esigenze dell'ente (sopravvivere), le esigenze della giustizia penale (garantire, almeno per il futuro, la prevenzione dei reati) e l'interesse della comunità di riferimento – trova la sua composizione. Ma se questo è vero, allora, l'argomento dei *collateral effects* portato a giustificazione dell'assenza di procedimenti penali nei confronti degli istituti finanziari coinvolti nella crisi dei mutui *subprime* sembra provare troppo poco. In particolare, esso prova troppo poco perché non spiega come mai nei confronti di questi enti non vi siano stati *DPAs* o *NPAs*, ma, come abbiamo visto, soltanto *agreements* a carattere extrapenale. Qui infatti non si è trattato di rispondere al problema dell'insostenibilità della pena mediante la sua *sostituzione* con altri strumenti (la *compliance*), comunque ancora interni alla dimensione penalistica, tesi in qualche modo ad assicurare le funzioni *positive* della pena (prevenzione, riabilitazione, esemplarità), bensì di cercare fin da subito di rispondere all'illecito su piani diversi da quello penale. La rinuncia alla misura punitiva avviene – come per le persone fisiche, così anche per gli enti – senza formalità e totalmente al di fuori del circuito penale, a condizioni comunque diverse da quelle che sarebbero state imposte nell'ambito di un *DPA* o *NPA*, tra cui, in particolare, la collaborazione processuale finalizzata a individuare le persone fisiche responsabili dei reati. La prova "aggiuntiva" è offerta dall'argomento precedente, ossia quello per cui i *settlements* conclusi dalla SEC sono più rapidi ed efficienti dei *DPA* conclusi dal DOJ, dal momento che, come abbiamo visto, è dalla SEC che partono le indagini in materia di *securities fraud*; allo stesso modo, i *civil settlements* conclusi dal DOJ sono più rapidi ed efficienti perché richiedono di accordarsi soltanto sulla cifra da pagare all'autorità, ma non su altri aspetti (ad esempio, l'ammissione della responsabilità, l'imposizione di un *monitor*, i piani di *compliance* e via dicendo).

6.3. La *crisi economica* come contesto che orienta le scelte *politico-criminali*

Altre spiegazioni potrebbero aggiungersi alle giustificazioni avanzate dai *prosecutors*, spiegazioni che vanno direttamente a toccare il più delicato piano dei rapporti di potere tra governo (un governo fortemente implicato nelle dinamiche che

[426] A. R. SORKIN, Realities Behind Prosecuting Big Banks, N.Y. Times Dealbook (Mar. 11, 2013, 9:15 PM), http://dealbook.nytimes.com/2013/03/11/big-banks-go-wrong- but-pay-a-little-price/).

avevano condotto alla crisi)[427] e agenzie federali di controllo, e della convenienza personale dei singoli *prosecutors*[428]. Crediamo di poterle trascurare: il nostro obiettivo non è arrivare a trovare l'algoritmo per cui, nonostante il forte impulso ricevuto dalla crisi, quell'apparato dell'industria della giustizia che è la macchina penale abbia prodotto poco o nulla e, nella maggior parte dei casi, non sia neppure arrivata ad attivarsi. È ovvio comunque che il risultato osservato rappresenta l'esito di dinamiche giustificative talmente intricate e non riconducibili ad una concatenazione evidente, da vanificare in pratica ogni tentativo di ricostruzione causale.

Per noi però è sufficiente aver individuato alcuni passaggi chiave all'interno di queste dinamiche, quanto ci basta a dire che la *paralisi* della macchina giudiziaria *penale* ha molto a che vedere con la *crisi economica* stessa. Vediamo come.

6.3.1. Il contesto che guida il sistema: l'efficientismo come linea politico-criminale prodotta dalla crisi

La cedevolezza della pretesa punitiva di fronte a considerazioni di stampo efficientista è qualcosa che il sistema statunitense dà per acquisito. Non è questo che ai nostri occhi assume un particolare significato. Come dicono i *Principles of Fedaral Prosecutions*, l'esercizio di discrezionalità dell'azione penale è sempre un problema di allocazione di risorse («*allocating limited resources*»). Ciò che il sistema non dà per acquisito, però, è che quest'ordine di preoccupazioni sia *prevalente* rispetto alla gravità dei fatti all'attenzione delle agenzie di controllo e, soprattutto, che questo rapporto di *prevalenza* (che vede primeggiare le ragioni dell'efficienza sulla gravità dei fatti, e dunque sull'interesse pubblico all'attivazione del più grave strumento repressivo) sia di tipo *fisso*, ossia che s'imponga per un'intera classe di comportamenti, dovendo normalmente la valutazione ripetersi caso per caso. Nella crisi economica l'*efficientismo* è diventato, invece, non una semplice linea di indirizzo che deve guidare l'esercizio di discrezionalità del *prosecutor* nel singolo caso concreto, ma una direttiva politico-criminale dell'intero *Department of Justice*, di tipo *generale* e *astratto*, rivolta ad un'intera classe di comportamenti avvinti da un medesimo vincolo di contesto, diretta a decretare la *sostituzione* dello strumento penale con altri strumenti meno dispendiosi e più rapidi.

Che quello che era un principio di indirizzo per l'esercizio di un bilanciamento in *concreto* si sia trasformato in una linea politico-criminale operante in *astratto* è confermato dagli ordini di priorità di trattamento dei procedimenti che ritroviamo nei maggiori Uffici dell'FBI. Nel già citato resoconto dell'*Office of the Inspector General Audit Division* si legge che molti uffici dell'FBI (tra cui quelli di Baltimore, Los Angeles, Miami, e New York) avevano emanato delle linee-guida finalizzate a stabilire

[427] Cfr. J. RAKOFF, *op. ult. cit.*, 12 ss.

[428] Ci riferiamo in particolare alla teoria delle c.d. *revolving doors*, in base alla quale i procedimenti penali non sarebbero stati avviati perché i *prosecutors* in alcuni casi provenivano dalle medesime istituzioni finanziarie, in altri avrebbero aspirato a divenirne rappresentanti. Cfr. *Ivi,* 9 ss.

l'ordine di priorità dei procedimenti penali, ma in esse la categoria «*Complex Financial Crimes*» compariva all'ultimo posto tra sei categorie di reati. Nel frattempo, le risorse stanziate dalle autorità statali venivano dirottate verso procedimenti penali di più facile soluzione[429].

A determinare la promozione dell'*efficientismo* da linea di indirizzo del caso concreto a linea politico-criminale del tempo di crisi è stata la dimensione stessa del fenomeno deviante da sottoporre allo scrutinio penale. Anche in assenza di una volontà politica che indichi una direzione, la presenza di una quantità di casi simili, tra cui molti caratterizzati da una medesima gravità e avvinti da un medesimo vincolo situazionale, basta da sola, in un sistema orientato da meccanismi di tipo predittivo-efficientisti, a designare l'andamento complessivo del sistema di *enforcement.* Ci troviamo qui, in definitiva, di fronte ad una potente espressione di *efficientismo*, che non ha bisogno del sostegno di una volontà politica per tradursi in una linea di indirizzo politico-criminale, e che è piuttosto il prodotto "naturale" di un sistema in cui l'efficienza è inoculata come *valore*; valore che si esprime al meglio quando i meccanismi ad esso improntati sono chiamati a gestire un *fenomeno* di "massa".

Questo tipo di *efficientismo* si colloca agli antipodi del *populismo giudiziario*. Siamo cioè all'esatto opposto di una situazione in cui il potere giudiziario, entrando in risonanza con gli atteggiamenti della pubblica opinione, gli orientamenti del sistema mediatico e alcune precise volontà politiche, intraprende la direzione del sostanzialismo repressivo, divenendo poco attento alle questioni giuridiche e insufficientemente sensibile alle esigenze del garantismo individuale[430].

La rinuncia *aprioristica* allo strumento punitivo nei confronti delle *élites* finanziarie, attraverso meccanismi – quelli propri dell'*efficientismo* che abbiamo illustrato – scarsamente tracciabili dall'opinione pubblica, ha diffuso un senso di insoddisfazione diffusa, sostenuto dalla percezione di una differenza di trattamento interna all'ordinamento, che è sfociato nel 2011 nel movimento di protesta, caratterizzato da larga partecipazione e vasta risonanza, di *Occupy Wall Street* (OWS). Denunciando come «i banchieri avessero privatizzato i guadagni prima della crisi e socializzato le perdite dopo la crisi» («*bankers privatized pre-crisis gains and socialized post-crisis losses*», dove il secondo riferimento era in particolare alle manovre di *bailout* varate dal governo), OWS si è fatto promotore del bisogno di pena rimasto inappagato nella

[429] V. *Office of the Inspector Gen., Audit Div., U.s. Dep't of Justice, Audit of the Department of Justice's efforts to address mortgage fraud*, cit., 8 (nota 9).

[430] Cfr. G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2014, 95 ss., per cui il fenomeno del populismo giudiziario «ricorre tutte le volte in cui il magistrato pretende di assumere un ruolo di autentico rappresentante o interprete dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo (o della cosiddetta gente), al di là della mediazione formale della legge e altresì in una logica di supplenza se non addirittura di aperto conflitto con il potere politico ufficiale. Questa sorta di magistrato-tribuno, oltre a pretendere di entrare in rapporto diretto con i cittadini o con alcuni gruppi sociali particolari (e, comunque, di rappresentarne e tutelarne al meglio i corrispondenti interessi o valori), finisce inevitabilmente col far derivare (piuttosto che dal vincolo alla legge) dallo stesso consenso popolare la principale fonte di legittimazione del proprio operato» (*Ivi*, 105). V. inoltre D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2014, 123 ss.

società, anche con la richiesta per mezzo di una petizione firmata da 150.000 persone indirizzata al presidente Obama, di azioni immediate «per chiudere le grandi banche e perseguire i criminali che le avevano utilizzate per distruggere la nostra economia» («*immediate steps to break up the big banks and prosecute the criminals who used them to destroy our economy*»).

Le conseguenze di questa particolare forma di *efficientismo* – neutrale da un punto di vista politico in senso stretto, ma non neutrale dal punto di vista dei valori, che sono quelli derivanti da una certa idea *economicistica* di stampo *neoliberale*[431] – non sono allora da sottovalutare, e non è detto che esso non vada ad alimentare proprio l'anima più orrendamente populistica del diritto penale. Non possiamo in questa sede addentrarci nelle dinamiche di questo malcontento organizzato, nato in particolare all'interno della classe media colpita dalla crisi finanziaria, ma abbiamo come l'impressione che esso sia andato a sfociare, per ironia della sorte, proprio nel lago del *populismo*, il quale si è riversato immediatamente a valle del "luogo sociale" in cui la protesta è nata, ossia sulle classi più povere e sugli immigrati, rafforzando gli imperativi di *tolleranza zero*, ben noti al sistema *punitivo* statunitense, verso la micro-criminalità economica e di strada[432].

Se dunque da un lato ci rallegriamo della marginalità del ruolo assunto dallo strumento punitivo nella reazione penalistica alla crisi economica, dall'altro non possiamo non costatare (mestamente) come il vuoto lasciato dalla pena faccia fatica a essere rimpiazzato da altri strumenti (giuridici) di responsabilizzazione[433].

Considerato il complesso delle riforme intraprese a livello di sistema, ed in particolare l'assenza di un vero ripensamento delle regole che si trovano alla base del sistema finanz-capitalista[434], ci viene peraltro il sospetto che la direzione intrapresa

---

[431] V. *supra* Capitolo II, par. 2.2.

[432] Cfr. L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello Stato penale nella società neoliberale*, La Feltrinelli, Milano, 2000.

[433] Non ci sentiamo dunque di dare torto a chi ha affermato che un utilizzo più generoso del processo penale avrebbe forse potuto operare come mezzo (di natura conflittuale) di pacificazione sociale, offrendo «*an opportunity to both publicly carry out a post-mortem of the crisis and do it through a means in which the parties to the proceeding have skin in the game*» (D. ZARING, *op. cit.*, 1436-1437); e tuttavia, restiamo convinti del fatto che nell'alternativa tra rinunciare a restituire il "male" propagato dalla crisi e riversarlo per intero su un pugno di *promotori* "eccellenti", secondo una forma di giustizia selettiva e spettacolarizzante, nella più totale discrezionalità dei detentori del potere punitivo, la scelta sia ricaduta sul male minore.

[434] Negli Stati Uniti, nel pieno dell'insorgenza della crisi, l'amministrazione Obama ha provveduto a riformare il sistema creditizio per mezzo del *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2010, da molti definito come la più grande riforma finanziaria dopo quella che seguì la Grande Depressione degli anni '30. Il provvedimento contiene, tra le altre cose, nuove regole per le transazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari derivati, parametri stringenti per gli investimenti delle banche in *hedge funds* ed *private equity funds,* l'istituzione dell'obbligo per le banche di separare le attività commerciali da quelle d'investimento, nuove norme per la gestione della crisi di liquidità da parte della *Federal Reserve* (Cfr. M. BERTOLDI, *Risposta alla crisi e riforme: la politica economica di Barak Obama,* in *Stato e Mercato,* 1, 2011, 95 ss.). A livello globale, la crisi finanziaria ha innescato la conclusione di un nuovo accordo "*Basilea III*" per la vigilanza microprudenziale (rivolte ad aumentare la solidità delle singole banche in periodi di stress) e – questa è la novità – macroprudenziale (finalizzate invece alla riduzione del rischio sistemico), in sostituzione del precedente e fallimentare sistema di *Basilea II* (sulle differenze tra i due sistemi, e sulle carenze evidenziate dalla crisi finanziaria in *Basilea*

dalle autorità di *enforcement* statunitensi abbia favorito una rimozione di coscienza collettiva del fatto che che la catastrofe finanziaria del 2008 sia comunque il frutto di una decisione sul livello di rischio (finanziario) accettato. Disattivando *ab origine* lo strumento penale, e incentivando il conflitto sociale che è proprio della società del rischio[435], è rimasto il dubbio che la crisi sia stato l'evento (evitabile) di una serie di delitti e non l'evento (inevitabile) di un rischio accettato. Allontanando il senso che la crisi sia il frutto inevitabile di un rischio accettato, si è allontanata la domanda sul perché quel rischio era accettato, sul chi aveva preso la decisione che quel rischio fosse accettato e, soprattutto, sul se continuare ad accettare quel livello di rischio[436]. Il risultato è stato che quel rischio è ancora ad oggi accettato (con un rafforzamento delle sole c.d. "misure di sicurezza", vedi l'introduzione di strumenti di vigilanza macroprudenziale nel sistema di Balisea III) e la presentazione di future crisi inevitabile.

6.3.2. Il rischio di "collateral effects" *come argomento populistico?*

L'argomento dei *collateral effects* contiene in sé un sano e saldo valore, che è quello della *sostenibilità* di un certo utilizzo dello strumento penale, il quale implica di riflettere sulle conseguenze sociali, anche di lungo periodo, della pena. È un argomento indubbiamente suggestivo, e dotato di un suo fondamento, oltre che *economico*, anche *giuridico*, ma ci appare che le autorità di *enforcement* statunitensi lo abbiano utilizzato davvero infelicemente.

II, v. F.R. FANTETTI, *Basilea III e la stabilità del sistema finanziario internazionale,* in *Resp. civ*., 2011, 4 ss.; ID., *Titoli Lehman Brothers e responsabilità della banca*, *Resp. civ.,* 2010, 4 ss). In Europa, lo studio del Gruppo guidato da *de Larosière* ha posto le basi per la revisione del sistema delle autorità europee di vigilanza (AEV), oggi composto dall'Autorità bancaria europea (ABE), dall'autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA) e soprattutto, in sostituzione del vecchio CESR, l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA). A questo si aggiunge una copiosa normativa (Direttive e Regolamenti) in materia di regolamentazione dei mercati finanziari, abusi di mercato, disciplinamento delle agenzie di *rating* (sulla disciplina delle agenzie di *rating* v. *infra*, Capitolo IV). Nessuna di queste riforme consente tuttavia di segnare una discontinuità di portata sufficiente a riconoscere l'avvicendamento di un nuovo ordine politico-economico, capace di garantire che in futuro non si verifichino crisi della portata di quella del 2008.

[435] Niklas Luhmann insegna che il rischio, di qualsiasi tipo esso sia, è sempre portatore di una situazione di *conflitto* tra coloro che attivano il rischio e coloro che, senza avere il controllo della situazione rischiosa, ne subiscono gli effetti. Cfr. N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano, 1996, 31 ss..

[436] Cfr. le riflessioni svolte da G. ROSSI, Prefazione, in R. POSNER, *La crisi della democrazia capitalista*, Milano, 2010, XVII. Per ROSSI sarebbe stato assolutamente necessario — di fronte alla crisi — ricercare principi condivisi importanti, che riguardino tutto il sistema dei mercati finanziari e il sistema dell'economia; principi come quelli di trasparenza delle operazioni economiche, dell'attività e della struttura degli operatori; di responsabilità; di equilibrio fra proprietà, gestione e controllo; di rispetto ma anche di limite della *privacy* (a proposito dei paradisi fiscali); di struttura societaria e di *corporate governance*. A questi principi occorrerebbe dedicare una riflessione di fondo, al pari di quella che, dopo la seconda guerra mondiale, è stata dedicata alla riscoperta dei diritti umani a partire dal "*precedente esemplare*" della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948; riflessione che ha prodotto frutti importanti, sopratutto nell'esperienza europea del dopoguerra in tema di diritti fondamentali.

L'impressione è infatti che se ne sia fatto un uso in senso *populistico*, lasciando spazio a un vago *paternalismo*, con il fine di riconnettere una linea politico-criminale solo *razionalmente fondata* (quella *efficientista*), e assai distante dalle istanze *emotivamente* della società di riferimento, con questa stessa società.

Tuttavia, in sé, quello dei *collateral effects* non è argomento che si presta a placare un bisogno di *pena* ormai sorto nella società; soprattutto è argomento che deve essere comunque accompagnato da una dimensione *simbolica* in grado di rimpiazzare quella della pena[437].

Inoltre, nel modo *generico* in cui è richiamato, l'argomento perde della forza che normalmente possiede quando applicato in riferimento ad una decisione di applicazione di una sanzione *penale* (s'intende, particolarmente intrusiva e potenzialmente lesiva degli interessi di una massa indeterminata di *stakeholders*) riguardante un ente *determinato*, inserito in un contesto economico specifico, che consenta di quantificare, calcolare, dimostrare gli *effetti* dell'intervento punitivo. Esso ha bisogno, insomma, di riferirsi ad una dimensione precisa, tangibile, concretamente individuata, e deve, in questa dimensione, essere giustificato[438]; rischia altrimenti di lasciare spazio a bisogni di *pena* – diamo per acquisito che il bisogno di pena non è solo: *Tizio* deve andare in prigione, ma anche la *società Alfa* (di Tizio) deve chiudere – irrazionali ed estremamente dannosi per la stessa collettività che li esprime.

[437] V. *supra* Capitolo II, par. 2.
[438] V. *supra* Capitolo II, par. 4.

SEZIONE II – SECONDA CLASSE DI ESPERIENZE: LA RISPOSTA AI COMPORTAMENTI CRIMINALI *COMPULSATI* DALLA CRISI ECONOMICA

o. Premessa. La crisi economica come fattore "necessitante" di comportamenti criminali

All'esplosione della bolla finanziaria è seguito il crollo verticale dell'economia reale. Il *trend* di stagnazione o decrescita è globale, ma certi Paesi sono stati colpiti più di altri; il nostro, almeno a livello europeo, si trova tra quelli che hanno risentito in maggior misura degli effetti della crisi. Dopo un primo periodo di ripresa (segnato nell'anno 2010), dal 2011 l'economia italiana è entrata in un secondo grave periodo di recessione (c.d. *double-dip recession*), legato alla crisi del nostro debito sovrano.

Il dato congiunturale macroeconomico ha avuto un impatto tragico sul tessuto imprendiatoriale italiano; le piccole e medie imprese da cui tale tessuto è formato sono state protagoniste di vicende estintive[439] e, nei casi più fortunati, di esperienze di "sopravvivenza" difficile. È in questo àmbito che la nostra osservazione è ora calata. Senza voler indugiare in una modellizzazione del comportamento del piccolo imprenditore al tempo della crisi, ci limitiamo qui a studiare una fenomenologia a noi nota per la frequenza con cui si è presentata nei tribunali del nostro Paese e per la copiosa casistica cui ha dato luogo: si tratta del caso, diremmo tipico, del piccolo e medio imprenditore che, attraversando una crisi di liquidità per varie ragioni legata alla crisi congiunturale, abbia omesso di versare l'Iva o le ritenute previdenziali e assistenziali, dando la precedenza ad altro tipo di *pagamenti* (in particolare, i salari dei lavoratori ed i crediti vantati dai fornitori)[440], nella speranza di mantenere in vita la propria azienda.

Osservando da lontano questo tipo di situazione, in numerose occasioni sottoposta all'attenzione dei giudici, vediamo dunque un imprenditore che, sperimentando una condizione di rischio imprenditoriale elevatissimo, si trova a violare un obbligo penalmente sanzionato per la necessità di garantire la continuità della propria azienda. Poiché la situazione di illiquidità che spinge l'imprenditore nella direzione contraria al precetto penale non è da lui colpevolmente causata, ma è il frutto di una congiuntura macroeconomica generale, tendiamo a vedere la *crisi economica* come una forza esterna che *compulsa* l'imprenditore a tenere condotte alle quali non aderisce moralmente, ma

[439] Il sistema delle imprese italiane è uscito dalla seconda recessione ridimensionato nel numero d'imprese (-4,6%, oltre 194 mila unità in meno) e di addetti (-5,0%, quasi 800mila unità in meno) tra il 2011 e il 2014.

[440] Senza dimenticare che questi pagamenti, una volta tramontata la speranza dell'imprenditore di mantenere in vita l'impresa, inesorabilmente colpita da una procedura di fallimento, potranno a loro volta rilevare sul piano penale (integrando, ad esempio, ipotesi di bancarotta *semplice* o *prefenziale*).

che sono da lui comunque consapevolmente realizzate. Pur corrispondendo la sua condotta al tipo legale, e dunque risultando in astratto meritevole di pena alla luce del disvalore assegnatole dal legislatore, questa forza che *compulsa* l'imprenditore e lo priva di una piena possibilità di incidere sullo sviluppo dinamico dell'andamento degli affari, sembra renderlo – in una visione sensibile ai contenuti "personalistici" del rimprovero penale ed orientata agli scopi umanistici della sanzione[441] – anche ad un primo sguardo non bisognoso di pena, in quanto non bisognoso di rieducazione. Del pari, analizzando l'utilità della pena in una prospettiva di prevenzione generale, se è vero che il soggetto agisce sulla spinta di condizioni materiali da lui non controllabili, la minaccia di pena appare del tutto inutile.

> Sappiamo che una crisi di liquidità dell'impresa può scaturire da una molteplicità di fattori c.d. *endogeni,* quali, ad esempio, gli errori di strategia imprenditoriale, la carenza di innovazione, il decadimento dei prodotti, gli errori di *marketing*, l'inefficienza produttiva, l'assenza di pianificazione a medio e lungo termine, ma può anche dipendere da fattori affatto *esogeni,* tra cui le crisi macroeconomiche, le inadempienze dei debitori, i mancati rimborsi e/o pagamenti da parte degli enti pubblici. Di questi fattori il diritto penale tende a non farsi carico, anzi: esso stesso tende a divenire parte di quel rischio d'impresa, nel momento in cui riconoscerà che determinate scelte imprenditoriali, oltre a essersi rivelate economicamente svantaggiose, abbiano condotto alla lesione o alla messa in pericolo di determinati beni giuridici tutelati dall'ordinamento. E tuttavia, quando questi fattori assumono tratti di particolare gravità, comportando un ammanco di liquidità tale da rendere estremamente gravoso, se non impossibile, l'adempimento di determinati obblighi di pagamento, il diritto penale dovrebbe mostrarsi disposto a ritrarsi.

Di seguito si andranno a descrivere i momenti più salienti di quella che si presenta nei termini di una *tragic-choice* del giudicante tra il fornire un'interpretazione in qualche misura ortopedica, ma inevitabilmente contaminata da un certo tasso di incertezza, e l'applicazione di una sanzione penale che si presenta ad un tempo *irrazionale*, perché non funzionale da un punto di vista preventivo (speciale e generale), e *immorale*, ossia contraria alle istanze di giustizia sottese ai principi di garanzia e proporzione.

1. Inquadramento preliminare: i reati di "evasione da riscossione"

La casistica che vogliamo indagare ci impone di offrire un breve inquadramento delle due fattispecie di omesso versamento dell'IVA (art. 10-*ter,* d.lgs. n. 74/2000) e delle ritenute dovute[442] o certificate (art. 10-*bis,* d.lgs. n. 74/2000), se non altro al fine di

[441] Cfr. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 61 ss.; ID., *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1, 16 ss.; T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 4, 798 ss.

[442] Il legislatore delegato del 2015 ha operato una modifica nella rubrica dell'art. 10-*bis* d.lgs. n. 74/2000 che, da «omesso versamento delle ritenute certificate», oggi recita «omesso versamento delle ritenute *dovute* o certificate». Sulla *ratio* di una simile modifica e sugli effetti antinomici – nel senso di una *irrazionalità* mezzo-scopo – che la formulazione novellata potrebbe ingenerare, il rinvio è a A.

chiarire perché esse vengano trattate unitariamente all'interno di un'indagine sul supposto valore "esimente" della crisi di liquidità in contesti di crisi economica, andando al contempo a disegnare la cornice normativa in cui s'iscrive la produzione giurisprudenziale qui oggetto di osservazione. Siamo infatti di fronte a violazioni di indubbia diversità *qualitativa*[443]*,* ma identiche per *struttura*, *impostazione* – quella propria di un sistema punitivo orientato all'autore più che al fatto e, dunque, all'evasore più che all'evasione[444] – e progenie: e l'antenato, in questo caso, non è illustre, trattandosi del «vecchio e barbaro istituto dell'arresto per debiti»[445]. Tanto che qualcuno[446], riconoscendo i tratti di questa non certo nobile discendenza, ha dubitato della conformità della medesima fattispecie rispetto all'art. 1 del Protocollo n. 4 della CEDU, secondo il quale «Nessuno può essere privato della sua libertà per il solo fatto di non essere in grado di adempiere ad un'obbligazione contrattuale»[447]. Entrambi i delitti sono strutturati – ma non tutti sono d'accordo[448] – come reati omissivi propri istantanei e unisussistenti, la cui consumazione avviene a seguito del mancato compimento

---

INGRASSIA, *Ragione fiscale vs. illecito penale personale. Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. n. 158/2015,* Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016, 122.

[443] Cfr. M. PROCOPIO, *L'omesso versamento dell'Iva e delle ritenute certificate: orientamenti giurisprudenziali e auspici de iure condendo,* in *Dir. e prat. trib.,* 2014, 5, 10881. L'A. sottolinea la diversità qualitativa della violazione sulla base del momento in cui l'imposta a favore dell'erario diviene esigibile: tale criterio condurrebbe anzitutto a diversificare la gravità dell'inadempimento tra omesso versamento dell'Iva dovuta per le cessioni di beni – dove il sostituto che omette il versamento avrebbe già certamente incamerato il tributo, non potendo di conseguenza addurre alcuna giustificazione per aver confuso quell'importo con le somme nella sua disponibilità – e omesso versamento dell'Iva dovuta per la prestazione di servizi (dove alla data in cui il reato si considera consumato il contribuente potrebbe non aver riscosso il tributo); ma la diversificazione sarebbe ancora più evidente per il caso di omesso versamento delle ritenute, dal momento che in tale caso la violazione è sicuramente successiva all'erogazione del reddito, da cui l'obbligo di tenere conto, in caso di difficoltà finanziaria, dell'imposta da trattenere, provvedendo a distribuire le somme in suo possesso tra l'ammontare da corrispondere al percettore e quelle da versare all'Erario.

[444] Si parla di un vero e proprio "diritto penale tributario della riscossione" in A. LANZI- P. ALDROVANDI, *Manuale di diritto penale tributario*, Cedam, Padova, 2014, 324 ss.. In un diritto penale siffatto arriva a individuare una nuova forma idealtipica di "diritto penale del nemico" G. FLORA, *Le recenti modifiche in materia penale tributaria: nuove sperimentazioni del "diritto penale del nemico"?,* in *Dir. e proc. pen.,* 2012, 15 ss. In tal senso si esprime anche A. INGRASSIA, *Parzialmente incostituzionale il delitto di omesso versamento dell'Iva: un'incriminazione da ripensare?,* in *Società,* 2014, 12, 1390.

[445] Cfr. E. MUSCO, *Reati tributari (voce),* in *Enc. dir. annali,* I, Milano, 2007, 1064. Rintraccia nelle odierne fattispecie l'impronta dell'antico istituto anche G. M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e* ne bis in idem: *variazioni italiane su un tema europeo,* in *Dir. pen. cont.,* 14 settembre 2014.

[446] Cfr. A. PERINI, *I reati esterni alla dichiarazione: i reati di pericolo e la tutela penale del gettito*, in V. Santoriello (a cura di), *La disciplina penale dell'economia*, Torino, 2008, vol. II, 170.

[447] Al riguardo possiamo richiamare le considerazioni di F. ROMOLI, *Omesso versamento di I.V.A. e crisi di liquidità,* in www.archiviopenale.it, fasc. 1, gennaio-aprile 2013. il quale, pur considerando suggestiva l'osservazione di A. PERINI, osserva che ottenere tutela ai sensi della Convenzione presupporrebbe evidentemente un'interpretazione da parte della Corte di Strasburgo che includesse nella «obbligazione contrattuale» di cui alla disposizione citata anche la c.d. "obbligazione tributaria"; un passaggio ermeneutico che pare tutt'altro che scontato.

[448] In A. LANZI–P. ALDROVANDI, *Manuale,* cit., 310, se ne sostiene la natura «mista, in parte attiva ed in parte omissiva», laddove il segmento commissivo sarebbe rappresentato dalla presentazione della dichiarazione annuale relativa all'imposta sul valore aggiunto. Una simile lettura non appare del tutto convincente, poiché la presentazione della dichiarazione I.V.A. sembra più correttamente da inquadrarsi nei termini di un mero presupposto del reato.

dell'azione dovuta, ossia il versamento delle ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti dallo stesso contribuente per l'art. 10-*bis*, e per l'art. 10-*ter* dell'IVA dovuta sulla base della dichiarazione annuale presentata dal contribuente, entro il termine fissato dalla legge. Termine che, per entrambe le fattispecie, non coincide con quello fissato dalla normativa tributaria per il versamento delle imposte in parola[449], ma è sempre successivo, avendo scelto il legislatore di prevedere un certo lasso temporale affinché il contribuente possa provvedere a sanare il proprio debito tributario prima che l'omissione assuma rilevanza penale[450].

A differenza di quanto previsto per tutte le altre fattispecie disciplinate dal d.lgs. n. 74/2000, quelle in parola richiedono la sussistenza di un mero dolo generico anziché specifico, da ritenersi integrato ove il soggetto obbligato al versamento delle imposte abbia coscienza e volontà di non adempiere entro il termine fissato: senza quindi che abbia rilievo l'essere il comportamento illecito dettato o meno dal fine di evadere le imposte. È del resto questo uno degli elementi di discontinuità più evidenti rispetto alla filosofia che aveva ispirato la riforma del 2000[451]; e dal momento che nelle due fattispecie non si rinviene traccia di alcun elemento intenzionale orientato verso finalità fraudolente, la giurisprudenza di legittimità ha prospettato la possibilità che il reato possa essere commesso anche a titolo di dolo eventuale, qualora il soggetto, pur non avendo agito allo scopo di evadere le imposte, abbia «accettato il rischio di non poter adempiere alle obbligazioni tributarie»[452]. Si deve infine notare come le fattispecie in esame rispecchino una scelta selettiva del legislatore penale, il quale ha voluto corredare di sanzione penale il solo omesso versamento di tributi dovuti a seguito di un trattenimento o di una ricezione da parte di terzi di somme destinate al versamento in favore dell'Erario; un vincolo di destinazione, questo, che invero – ma su questo aspetto, pur accessorio nell'economia della nostra ricostruzione, sarà svolta qualche

[449] In particolare, nella sostituzione tributaria il sostituto, quale debitore di una somma costituente reddito per il percettore/sostituito, deve, allorché procede al versamento in favore del sostituito di quanto a quest'ultimo dovuto, trattenere una percentuale di questo emolumento (cd. ritenuta alla fonte), per poi versarlo all'Erario entro il 16 del mese successivo a quello nel quale ha operato questa trattenuta. Per l'IVA, invece, il soggetto obbligato riceve materialmente la somma per questa imposta dal cessionario del bene o dal committente della prestazione di servizio allorché quest'ultimo gli paga il corrispettivo per, poi, doverla versare all'Erario, con cadenza mensile o trimestrale, entro il giorno 16 del mese successivo.

[450] Il legislatore non ha infatti inteso sanzionare un qualunque ritardo rispetto alle scadenze fissate dalla normativa tributaria, ma soltanto quello che, per quanto riguarda l'IVA, si protrae oltre il termine del 27 dicembre dell'anno successivo a quello in cui è stata presentata la dichiarazione d'imposta; per il versamento delle ritenute certificate il termine si identifica con il termine ultimo per la presentazione della dichiarazione di sostituto d'imposta, avente scadenza ordinaria il 31 luglio dell'anno successivo a quello di riferimento.

[451] Per una critica, E. MUSCO–F.ARDITO, *Diritto penale tributario-con appendice di diritto processuale,* il Mulino, Bologna, 2010, 271; G. FLORA, *Le recenti modifiche,* cit., 16 ss.

[452] *Ex multis,* Cass. pen., sez. III, 27 novembre 2013, n. 3124, in *Dir. & Giust.*, 2014, 24 gennaio (con nota di E. FONTANA). Da segnalare alcune prese di posizione della giurisprudenza di merito che, nel tentativo di restringere l'ambito applicativo della fattispecie, hanno provato a individuare nella disposizione, ma così forzando il dato letterale, la necessità di un *dolo specifico.* Cfr. Trib. Roma, 26 gennaio 2011, n. 64.

considerazione più avanti – non sembrerebbe consentire l'automatica configurazione di un corrispondente obbligo di accantonamento in capo al contribuente[453].

Insieme, le due incriminazioni si aggirano come fantasmi nell'ordinamento, accomunati da uno stesso destino: temporaneamente scomparsi nel testo originario del d.lgs. n. 74/2000 (dove si era scelto di non sanzionare penalmente comportamenti di mero omesso versamento d'imposte correttamente dichiarate, valutandosi come sufficienti le già previste sanzioni amministrative per l'omesso o il ritardato versamento) e nuovamente introdotti nel biennio 2005-2006[454], sono da ultimo stati sottoposti, con il d.lgs. n. 158/2015, a un significativo intervento di *abolitio* parziale[455], tale dovendosi qualificare un innalzamento di soglie di punibilità cui sia assegnata, oramai pacificamente, natura di elemento costitutivo del reato. Intervento, questo, che non esiteremmo a descrivere nei termini di un recepimento da parte del legislatore delle istanze provenienti dalla giurisprudenza che ci apprestiamo a descrivere.

---

[453] Diversamente G. L. SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente e omesso versamento di ritenute certificate e di IVA (artt. 10-bis e 10-ter d.lgs. n. 74/2000)*, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2013, il quale riconduce la valutazione legislativa in punto di meritevolezza di pena dell'omesso versamento di IVA e di ritenute (che siano state effettivamente) certificate proprio alla particolare natura di queste imposte e, in particolare, al sistema che porta al sorgere dell'obbligazione di versamento in capo al contribuente: in entrambi i tributi, infatti, il soggetto obbligato al versamento riceve da terzi (dal sostituito d'imposta o dal percettore del bene o del servizio) le somme ad esse relative proprio al fine di versarle all'Erario, determinandosi dunque in capo allo stesso soggetto un originario e preciso vincolo di destinazione, da cui deriverebbe un obbligo di *immediato* accantonamento in vista del successivo versamento. Insomma, in questa visione la particolare meritevolezza di pena sarebbe data dal fatto che l'omesso versamento si qualifica come ipotesi speciale di *indebita appropriazione di somme altrui* da parte di un soggetto che, in virtù del compito pubblicistico di cui è investito, ne ha la detenzione e che, proprio in virtù di tale compito, dovrebbe accertare se la sua situazione finanziaria sia tale da consentirgli il soddisfacimento, contestuale, delle aspettative dei sostituiti (a cui deve versare il corrispettivo su cui effettua la ritenuta) e l'adempimento del suo obbligo tributario, operando immediatamente l'accantonamento delle somme da versare e ripartendo – in presenza di una situazione finanziaria precaria ed anche a costo di sacrificare le altrui aspettative di reddito – le risorse in modo da non violare il precetto penale. Cfr. anche Cass. pen., Sez. III, 1 dicembre 2010, n. 10120, in *Riv. dottori comm.*, 2012, 2, 471 ss. che – dichiarando manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*bis* d.lgs. n. 74/2000 rispetto all'art. 3 Cost. – ha ritenuto che il mancato rilievo di impreviste difficoltà economiche trovi il suo fondamento razionale, per la fattispecie in parola, nel profilo di indebita appropriazione di somme altrui di cui il soggetto ha la detenzione.

[454] L'art. 10-*bis* è stato re-introdotto dall'art. 1, co. 414, della l. n. 311/2004 (*Legge finanziaria 2005*) e l'art. 10-*ter* dall'art. 35 d.l. n. 223/2006, conv. L. n. 248/2006.

[455] L'innalzamento delle soglie nei reati c.d. di evasione da riscossione si segnala come una delle principali novità della *Riforma del sistema sanzionatorio penale in materia tributaria* prevista dal d.lgs. n. 158 del 2015, in vigore dal 22 ottobre 2015. In particolare, la soglia di punibilità è triplicata per l'articolo 10-*bis* (con l'elevazione da € 50.000 ad € 150.000) e quintuplicata per l'articolo 10-*ter* (con elevazione ad € 250.000). Sarebbe tuttavia precoce affermare che le due fattispecie abbiano finalmente "trovato pace": l'attuale assetto potrebbe ancora una volta essere messo in discussione dagli esiti dell'attesa pronuncia della Corte di Giustizia UE sulla questione sollevata dal Gip del Tribunale di Varese, con ordinanza del 30 ottobre n. 201524, in cui si chiede alla Corte di chiarire se il diritto europeo (art. 325 TFUE ed art. 2 Convenzione PIF) osti ad una differenziazione nel trattamento dell'omesso versamento delle ritenute per imposte dirette più gravoso quanto a soglia di punibilità (€ 150.000) rispetto quello previsto per l'omesso versamento dell'Iva (€ 250.000) che verrebbe dunque meno tutelato rispetto ai tributi non armonizzati; rilievo tanto più plausibile se si considera che il citato articolo 2 della Convenzione esige sanzioni penali detentive per omessi versamenti Iva superiori a € 50.000.

L'elenco delle somiglianze potrebbe concludersi con il rilievo della instabilità e scarsa pregnanza – le continue pratiche di "ripensamento legislativo" lo dimostrano – che avvince il giudizio di *meritevolezza* di pena dei comportamenti che si vorrebbero perseguire con le due fattispecie; con la differenza che questo giudizio, per il delitto di *omesso versamento* dell'IVA, da qualche tempo è compiuto in sede europea, dove ogni condotta suscettibile di violare gli interessi finanziari dell'Unione viene oggi automaticamente ascritta all'ambito della tutela penale. Da qui, peraltro, le nuove questioni in ordine all'innalzamento delle soglie da ultimo operato dal legislatore[456]: un intervento indubbiamente diretto ad allargare la cintura di protezione dall'intervento del diritto penale attorno al sostituto d'imposta e al contribuente inadempiente nel senso indicato dalla giurisprudenza che andiamo ad analizzare, e che – prima che questa preoccupazione fosse smentita dalla Corte giustizia[457] – sembrava destinata a scontrarsi con le richiesta dell'Europa di sanzioni penali di tipo detentivo per omessi versamenti Iva superiori alla soglia di euro 50.000 (art. 2, Convenzione PIF)[458].

É nella cornice normativa appena tratteggiata che ha preso vita una vera e propria *querelle* tra Corti di merito, propense a sondare opzioni ermeneutiche dirette a mitigare la rigidità delle risposte penali, e Corte di legittimità, saldamente ancorata a letture formalistiche di un dato normativo che nasce per essere – siamo nell'ambito di reati di mera omissione puniti a titolo di dolo generico – estremamente rigido. Nel tentativo di ricostruire i passaggi fondamentali di questo confronto tra Corti, ci accingiamo dunque a una disamina giurisprudenziale, dove l'esposizione verrà essenzialmente guidata dal contestuale sforzo di ricostruire il quadro dogmatico-concettuale entro cui vanno ad inscriversi le soluzioni di volta in volta offerte.

---

[456] Il GIP del Tribunale di Varese ha posto due questioni interpretative alla CGUE in relazione alla novellata soglia di punibilità. Cfr. GUP Varese, dott. Sala, 30 ottobre 2015, in *Dir. pen. cont.,* 15 aprile 2016 (con nota di L. ZOLI).

[457] Cfr. CGUE, Grande Sezione, sentenza 2 maggio 2018 n. C-574/15, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dal Tribunale di Varese (Italia), con ordinanza del 30 ottobre 2015. La Corte di Giustizia, nel condividere sostanzialmente il contenuto delle conclusioni rassegnate dall'avvocato generale Bobek il 13 luglio 2017, ha ritenuto la compatibilità del quadro normativo interno con la normativa euro-unitaria, affermando, in particolare: a) che né l'interpretazione adottata dalla Corte dell'art. 325, par. 1, TFUE merito alle ipotesi di frode IVA, né la Convenzione PIF sono applicabili alla fattispecie dell'omesso versamento dell'IVA dichiarata e che «l'importo di 50.000 euro previsto dall'art. 2, par. 1, della Convenzione in parola è privo di rilevanza in un caso del genere» (§ 40); b) che «siffatti omessi versamenti dell'IVA dichiarata non presentano lo stesso grado di gravità delle frodi aventi ad oggetto tale imposta» (§ 41), dal momento che «qualora un soggetto passivo abbia correttamente adempiuto i propri obblighi dichiarativi, tale amministrazione dispone già dei dati necessari per accertare l'importo IVA esigibile e un eventuale omesso versamento della stessa» (§§ 41 – 42), con la conseguenza che «sebbene sanzioni penali possano essere indispensabili per combattere in modo effettivo e dissuasivo determinati casi di frode grave in materia di IVA, siffatte sanzioni non sono, a parità di importo, indispensabili per lottare contro gli omessi versamenti dell'IVA dichiarata» (§ 43).

[458] Per una riflessione intorno alla possibilità che la CGUE, nel contesto di un rinvio pregiudiziale, possa giudicare la novellata soglia di punibilità *ineffettiva* e *non dissuasiva* e, dunque, inidonea a soddisfare lo *standard* di tutela di ci all'art. 325 TFUE, si rinvia a A. INGRASSIA, *Ragione fiscale vs. illecito penale personale*, 124.

2. La *querelle* tra Corti di merito e di legittimità in materia di omesso versamento

L'esposizione che segue sarà orientata dalle categorie dogmatiche chiamate di volta in volta in causa al fine di trovare una scappatoia *sostanziale* alla punizione dell'imprenditore *compulsato*, abbandando dunque un approccio di tipo casistico, che rischierebbe di essere troppo dispersivo. È però necessario tenere presente che dietro a questa classificazione si agita una varietà di situazioni concrete, dalle quali l'inquadramento giurisprudenziale prende necessariamente spunto, mutando il contesto giustificativo dell'omesso versamento; parafrasando l'*incipit* di un celebre romanzo, «tutte le imprese felici si somigliano; ogni impresa infelice è invece disgraziata a modo suo»[459]. Si passa dal caso in cui il contribuente, fallito il suo unico committente, abbia preferito utilizzare le risorse disponibili per pagare stipendi e contributi dei propri dipendenti in luogo del fisco[460], a quello in cui invece, trovandosi davanti alla scelta tra pagare i contributi e corrispondere le retribuzioni, abbia privilegiato queste ultime. Ma ricorrenti sono anche le ipotesi in cui l'imprenditore abbia preferito continuare a pagare i propri creditori piuttosto che versare l'imposta dovuta, nella speranza di garantire la continuità dell'impresa e così sottrarla al destino del fallimento[461]. Dalle ipotesi precedenti si distinguono poi i casi di assoluta indisponibilità di risorse finanziarie da destinare all'adempimento degli obblighi tributari, la cui causa spesso è da attribuire al massiccio e sistematico inadempimento di terzi privati, magari anch'essi stretti nella morsa della crisi; ma non meno frequentemente la crisi di liquidità appare indotta dalla protratta inottemperanza dello Stato (o altro ente pubblico) – il quale, come è noto, non ammette in casi simili di procedere a compensazione – ai pagamenti dovuti nella sua veste di debitore[462]. Con più fatica in questa *case law* riesce invece a collocarsi anche l'ipotesi dell'amministratore subentrante che, avendo assunto la carica in prossimità della scadenze tributarie, non abbia potuto farvi fronte a causa del "tranello" perpetrato dal predecessore, reticente in ordine all'esistenza di un ingente debito fiscale.

2.1. Crisi economica e causa di forza maggiore

[459] Così si apre l'epocale romanzo "*Anna Karenina"* di Lev Tolstoj, nella traduzione di Ossip Felyne, Biblioteca Moderna Mondadori, 1960.
[460] Ad. es. Cass. pen., sez. feriale, 30 settembre 2014, n. 40394, in *Dir.&Giust.*, 1 ottobre 2014.
[461] Non mi pare, invece, che alla stessa casistica sia da ascrivere il comportamento del liquidatore che, dopo la presentazione di un'istanza di fallimento, avvedendosi del rischio di incorrere nel reato di bancarotta preferenziale, si sia volontariamente astenuto dal versamento dell'IVA a debito per il timore di incorrere in una bancarotta preferenziale, non avendo a disposizione liquidità sufficiente per soddisfare, insieme alle pretese erariali, anche le obbligazioni contratte nei confronti dei creditori non statali. Cass. pen., 10 gennaio 2015, n. 5921.
[462] Condivisibili le osservazioni a riguardo di L. CUOMO–P. MOLINO, *Omesso versamento di imposte e crisi di impresa,* in *Cass. pen.,* 2, 2015, 412 ss.. Cfr. anche G. AMARELLI, *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte: tra prova del dolo e tenuità del fatto si allargano gli spazi per la non punibilità,* in *Società,* 2015, 10, 1156 ss.

Seguendo l'andamento della sistematica del reato, e dunque dalla posizione più vicina al punto zero dell'illecito penale (l'assenza di tipicità), partiamo da quel filone di giurisprudenza che indaga la possibilità di qualificare la crisi di liquidità in cui versa l'imprenditore alla stregua di una causa di forza maggiore ai sensi dell'art. 45 c.p. Compiendo uno sforzo di massima sintesi, possiamo affermare che questa strada, pur avendo condotto a risultati nei fatti uniformi (il mancato riconoscimento della causa di forza maggiore), è stata esplorata dalle corti di merito e di legittimità a partire da due punti di vista opposti in merito alla possibilità di ritagliare all'art. 45 c.p. un'autonomia teorica e applicativa rispetto all'art. 42, comma 1, c.p. sulla *suitas* della condotta.

2.1.1. Corti di merito e impostazione autonomista: il riconoscimento dell'astratta possibilità che la crisi di liquidità (sullo sfondo della crisi economica che attraversa il Paese) configuri una causa di forza maggiore

Nel filone giurisprudenziale che ha tentato di percorrere la strada della forza maggiore come causa di esclusione della tipicità oggettiva della condotta[463] si inscrivono, tra le altre, due pronunce del Tribunale di Roma del 2013[464], davvero cristalline nell'ammettere la possibilità di «qualificare la crisi economica [*qui intesa come crisi individuale, ma sullo sfondo della crisi economica che aveva colpito l'intera economia nazionale*] alla stregua di una forza esterna in grado di condizionare la condotta del sostituto di imposta, il quale non avrà alcuna possibilità se non quella di agire illecitamente»; arrivando poi ad affermare, sulla base di questa premessa, che l'omesso versamento delle ritenute o dell'IVA possa dirsi non punibile *ex* art. 45 c.p. qualora avvenuto in presenza di una crisi di liquidità che abbia determinato un'impossibilità per il soggetto attivo del reato di pagare il dovuto al momento della scadenza del termine penalmente rilevante per il versamento delle imposte.

È dunque qui possibile riconoscere[465] l'accoglimento di una prospettiva *autonomista*[466], nella quale la causa di forza maggiore, intesa come presenza di un ostacolo esterno che renda impraticabile un comportamento conforme al precetto normativo, è pensata in un rapporto di alterità rispetto all'assenza di coscienza e volontà

[463] Quella della *forza maggiore* è, del resto, la strada indicata nel d.lgs. n. 472 del 1997 in materia di sanzioni amministrative tributarie, dove, al co. 5 dell'art. 6, espressamente è dichiarato non punibile «chi ha commesso il fatto per *forza maggiore*»; principio, questo, che nelle decisioni di alcune commissioni tributarie – dove l'accertamento è meno rigoroso e criteri di giudizio più elastici – ha consentito di annullare le sanzioni irrogate dall'ufficio impositore per l'omesso versamento, sulla base della documentata crisi aziendale. Cfr. Comm. trib. prov.le Lecce, sez. I, 23 luglio 2010, n. 352, dove la Commissione salentina ha riconosciuto che l'impossibilità economica di adempiere agli obblighi di versamento delle imposte dirette e dell'IVA, non imputabile al contribuente, costituisce causa di forza maggiore, avendo accertato in atti il grave stato di crisi aziendale ed il c.d. *deficit di liquidità* della contribuente società all'epoca dei fatti contestati, dovuti alla perdita dell'unico cliente ed al più complessivo momento critico del settore economico-produttivo in cui operava.

[464] Trib. Roma, 7 maggio 2013 e Trib. Roma, 12 giugno 2013. Le due pronunce hanno peraltro ispirato il commento, particolarmente critico, di G. L. SOANA, *Crisi di liquidità del contribuente e omesso versamento di ritenute certificate e di IVA,* cit.

[465] Fa eccezione ad esempio Trib. Bari, sez. II, 15 febbraio 2016, n. 845.

[466] Cfr. ad esempio G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2011, 200.

della condotta dovuta a circostanze tali da produrre un assoluto *deficit* psicofisico dell'agente. Emerge infatti l'idea di un (non) agire (l'omissione del versamento) che, pur non essendo caratterizzato dalla perdita del controllo sulle proprie azioni, è tuttavia ostacolato da una situazione esterna (la crisi di liquidità individuale, a sua volta in qualche modo legata a un contesto di crisi economica generalizzata) tale da rendere inefficaci gli sforzi, pur doverosamente esplicati, volti a salvaguardare l'interesse tutelato.

Questa idea, mentre da un lato conduce ad accantonare il modello – al limite del fiabesco, nella materia di cui ci occupiamo[467] – di un (non) agire totalmente sguarnito di una qualsiasi forza morale, quale sarebbe quello che si volesse attribuire ad un imprenditore completamente sprovvisto della capacità di incidere sul corso degli eventi, dall'altro dà rilevanza alla pressione di una circostanza esterna all'azione che non è più – come è tradizionalmente – una forza della natura o umana invincibile, ma è una pressione di tipo economico-patrimoniale, comunque non controllabile dal soggetto.

> Prendendo in prestito l'espressione in origine elaborata all'interno della c.d. *welfare state-ideology* dei paesi scandinavi[468] e poi estesasi anche ad altre tradizioni civilistiche[469], sembrerebbe qui quasi prendere piede una sorta di forza maggiore "sociale" (*social force majeure* o anche *social obstacle to performance*), che poco ha a che fare con la forza maggiore a noi più familiare, in quanto volta a dare rilevanza – fino ad importare un vero e proprio *switching of principles* – ad ostacoli esterni di ordine economico particolarmente qualificati, tali da rendere impraticabile un comportamento conforme al precetto normativo.

---

[467] È infatti di immediata evidenza che una crisi di liquidità che voglia essere valutata alla stregua di una ipotesi di esclusione della tipicità del fatto difficilmente potrà costituire – eccetto casi rarissimi – una forza esterna e irresistibile tale da incidere in maniera così profonda, imprevista e incontrollabile sulla condotta dell'imprenditore al punto di poter dire che questi, a causa di tali invincibili fattori esterni, *«non agit, sed agitur»*. L'ipotesi di omesso pagamento dei debiti tributari da parte di un imprenditore in stato di crisi di liquidità per fattori non a lui direttamente imputabili non potrebbe mai essere assimilata a quelle classicamente richiamate per esemplificare l'assenza di *suitas* (coscienza e volontà) della condotta: tra le più ricorrenti, quella di un soggetto che abbia omesso di soccorrere una persona in pericolo perché colto da malore, o perché immobilizzato o narcotizzato da terze persone. Nei casi di cui ci occupiamo infatti *coscienza* e *volontà* della condotta, seppur coartate, esistono sempre.

[468] Il rilievo che viene dato alla impotenza finanziaria (accompagnata da una condotta diligente) nei termini di causa di esclusione della tipicità rimanda al dibattito che, originatosi nei paesi scandinavi e valicati poi quei confini, ha portato l'inedita nozione di «forza maggiore sociale» al centro della questione dei rimedi per l'inadempimento determinato da difficoltà economiche non prevedibili al momento della nascita del vincolo obbligato. E infatti nell'ambito della c.d. *welfare-state ideology* che tradizionalmente connota le società scandinave la dottrina ha elaborato un principio generale secondo cui, esclusivamente nell'ambito delle relazioni fra debitore civile e creditore commerciale e limitatamente alle obbligazioni pecuniarie o a quelle in natura la cui esecuzione sia comunque ostacolata dalla mancanza di denaro, ad eventi di natura squisitamente personale – sopraggiunti, imprevedibili, e direttamente causativi del dissesto – dovranno ricondursi conseguenze di vario tipo, in grado di spingersi fino ad un totale esonero dalla responsabilità del debitore. La più compiuta formulazione della dottrina si deve a T. WHILELMSSON, *"Social force majeure" – A New concept in Nordic Consumer Law,* in *Journal of Consumer Policy,* 1990, vol. 13, 1. Dello stesso autore *Contract and equality,* in www.scandinavianlaw.se, 2009, 145 ss..

[469] Per le evoluzioni in ambito europeo della dottrina della *social force majeure* e per il ruolo che esse hanno svolto nelle riflessioni intorno ai profili del sovraindebitamento v. L. MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento,* Jovene, Napoli, 2012, 214 ss.

L'adattamento dei requisiti classici della forza maggiore al caso dell'omesso versamento in situazioni di crisi è stato tuttavia soltanto parziale. E infatti al mutamento qualitativo della pressione esterna subita dal soggetto, questa giurisprudenza non ha saputo – il passo sarebbe stato piuttosto audace[470] – far seguire anche la rivisitazione del modo d'intendere il concetto di *impossibilità non imputabile,* continuando a configurare questa impossibilità in senso *assoluto*, mentre un atteggiamento fino in fondo innovatore avrebbe suggerito di accogliere una nozione, sempre *relativa*, di impossibilità (o, meglio, impotenza) finanziaria, che fosse comunque indipendente da una *mala gestio* e, quindi, non ascrivibile al soggetto che la invoca.

Dopo aver comunque avanzato una modellatura inedita della forza maggiore, la giurisprudenza di merito[471] ha infatti sempre richiesto: a) la dimostrazione che l'assenza di liquidità dell'impresa fosse sopravvenuta come fatto imprevisto e imprevedibile; b) la certificazione che l'assenza di liquidità fosse *assoluta*, non potendo dirsi tale fintantoché l'imputato, disponendo della liquidità necessaria ad adempiere l'obbligo tributario, abbia destinato le (scarse) risorse societarie all'assolvimento delle altre esigenze (ad esempio, la regolarizzazione della posizione della società col fisco rispetto a precedenti anni d'imposta, la modifica dell'impianto di depurazione di acque reflue provenienti dal ciclo industriale, le retribuzioni dei dipendenti); c) la prova che il soggetto attivo avesse posto in essere tutto quanto in suo potere per uniformarsi alla legge, tentando tutte le azioni riparatrici idonee, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale – ad esempio: dismissione del patrimonio immobiliare o mobiliare, personale o sociale; dismissione delle azioni o delle quote societarie; aumento del capitale sociale

[470] Si profila infatti rispetto a questa modellatura della forza maggiore un gravissimo problema di limiti. Anzitutto limiti "interni". La giurisprudenza in materia di omesso versamento più aperta a fornire alla forza maggiore questo profilo "aggiornato" al nuovo scenario di crisi, tende infatti a subordinarne il riconoscimento, in funzione escludente della punibilità, al raggiungimento della prova che il soggetto abbia posto in essere tutti gli sforzi possibili volti a salvaguardare l'interesse tutelato, anche attingendo dal proprio patrimonio personale. Tuttavia, poiché nel campo dei *reati* c.d. *artificiali* non esiste una nozione di integrità del patrimonio che possa operare da *limite* agli sforzi richiesti al soggetto – con una funzione simile dunque a quella che la nozione di *integrità fisica* svolge nell'ambito dei reati naturali – la nozione di forza maggiore rimane un concetto inconsistente, in quanto totalmente dipendente dalla valutazione in termini di *esigibilità* del comportamento alternativo, e comunque destinato ad una poverissima vita applicativa.Per ciò che invece riguarda i limiti *esterni,* non può essere ignorato il rischio che alla categoria siano ricondotte anche situazioni non particolarmente qualificate, rientranti nel normale *rischio d'impresa* (ad esempio una mera difficoltà di gestione connessa al calo delle commesse per l'entrata sul mercato di un'impresa concorrente), con la conseguenza di svuotarne totalmente il significato.

[471] Cfr. Trib. Roma, sez. VI pen., 7 gennaio 2014, n. 105, dove l'art. 45 c.p. è dichiarato applicabile ai reati dichiarativi e a consumazione istantanea qualora sia dimostrata l'esistenza di oggettive difficoltà economiche e finanziarie intervenute nel periodo nel quale si è manifestato l'illecito fiscale (quali, ad esempio, una crisi congiunturale del settore e la conseguente carenza di ordinativi), nonché la circostanza che il contribuente, al fine di fronteggiare la crisi economica, si sia attivato per reperire «le risorse necessarie a consentire il corretto e tempestivo adempimento delle obbligazioni tributarie, e quindi evitare la connessa violazione del precetto penale», non essendovi tuttavia riuscito per fattori estranei alle sue scelte (ad esempio, il diniego della concessione di un fido o della rateizzazione del debito tributario). Cfr. inoltre Trib. La Spezia, 18 novembre 2013, n. 876; Trib. S. Maria Capua V., sez. I, 28 dicembre 2015, n. 5807; Trib. Firenze, sez. II 19 dicembre 2015, n. 4884; Corte app. Trento, 22 aprile 2016, n. 79; Trib. Terni, 10 maggio 2016, n. 624; Trib. Genova, sez. II, 16 giugno 2016, n. 3435. Fa eccezione ad esempio Trib. Bari, sez. II, 15 febbraio 2016, n. 845.

o, più in generale, un possibile esborso economico da parte dei singoli soci con proprio patrimonio personale; richiesta di mutui per cercare liquidità utili al versamento, quantunque parziale – dirette a consentirgli di acquisire, in presenza di una improvvisa crisi di liquidità, quelle somme necessarie ad onorare la propria obbligazione tributaria nel termine fissato. Di conseguenza, i margini di applicazione della forza maggiore di cui all'art. 45 c.p. hanno continuato ad apparire molto ristretti.

> Se i margini per il riconoscimento della forza maggiore sono ristretti nella prospettiva in cui il reato di omesso versamento è considerato a consumazione istantanea (come normalmente fa la giurisprudenza di merito), lo sono ancora di più nella prospettiva che ricostruisce l'omesso versamento nei termini di un reato a consumazione progressiva, configurando in capo al contribuente un obbligo di accantonamento delle somme da destinarsi al versamento[472]. E infatti in questa seconda impostazione le situazioni ritenute idonee a escludere l'oggettiva esigibilità del versamento del tributo si limitano nei fatti a una sola ipotesi: quella del legale rappresentante della società che, intervenendo a ridosso della scadenza del termine, si trovi in una situazione in cui altri (il precedente amministratore) abbia violato gli obblighi di versamento/accantonamento, non avendo perciò materialmente la disponibilità delle somme necessarie per adempiere nel termine conclusivo indicato dalla norma penale, né la possibilità o il tempo (a causa della presa di funzioni a stretto ridosso della scadenza) di ottenere crediti o finanziamenti da destinare al versamento dell'imposta. Solo in questo caso, si dice, «il soggetto non può ritenersi gravato da un obbligo giuridico di adempiere; e del fatto potrà eventualmente rispondere il responsabile della precedente gestione, la cui incriminazione potrebbe fondarsi sulla norma di cui all'art. 48 c.p., qualora ne vengano accertati i presupposti»[473].

---

[472] È questa a tutt'oggi la visione avallata dalle Sezioni della Corte di Cassazione, puntualmente richiamate dalla giurisprudenza successiva, secondo cui «il debito verso il fisco relativo ai versamenti IVA è collegato al compimento delle operazioni imponibili. Sicché ogni qualvolta il soggetto d'imposta effettua tali operazioni, riscuote già (dall'acquirente del bene o del servizio) l'IVA dovuta e deve quindi tenerla accantonata per l'Erario, organizzando le risorse disponibili in modo da poter, alla scadenza, assolvere alla obbligazione tributaria». Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424, in *Cass. pen.*, 2014, 1 , 38 (con nota di A. CIRAULO). Per G. CHIARAVIGLIO, *Omesso versamento IVA e crisi di liquidità, inesigibilità e procedure concorsuali*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2, 2016, 332, questa impostazione sarebbe il frutto di una certa indifferenza riguardo al meccanismo normativo che regola l'imposta sul valore aggiunto, per il quale il soggetto d'imposta è il cedente, che ha un mero diritto di rivalsa nei confronti del cessionario; da qui «il convincimento tanto infondato quanto pervicacemente radicato, che "*colui che compie l'operazione*" incassi previamente l'IVA che è tenuto a versare», quando così non è affatto, dal momento che «l'incasso è connotato da un grado di incertezza tanto più elevato quanto più difficile è la situazione economica del settore e/o generale». L'A. tenta però di spiegare l'equivoco riconducendolo ad una incauta generalizzazione, che avrebbe portato ad estendere «alla materia afferente l'IVA fenomenologie che invece sono tipiche del reato di omissione di versamenti delle ritenute d'acconto dalla cui "*costola*" il reato di omesso versamento IVA è storicamente derivato, al punto che il legislatore non si era dato neppure la briga di descriverne autonomamente la condotta tipica limitandosi a richiamare quella delineata in relazione alle ritenute. Sovrapposizione tra fattispecie che si è verificata anche in occasione alla remissione alle Sezioni Unite delle controversie giurisprudenziali alla base della sentenza n. 37424/2013, che concernevano esclusivamente l'omesso versamento di ritenute, reato introdotto due anni prima di quello di omesso versamento dell'IVA». Cfr. anche G. FLORA, *Crisi di "liquidità" ed omesso versamento, di ritenute e di I.V.A.: una questione davvero chiusa?,* in *Rass. Trib.,* 2014, 4, 906, il quale ritiene che, non essendovi alcun riscontro normativo della sussistenza di un obbligo di "accantonamento" della somma riscossa a titolo IVA o trattenuta a titolo di ritenuta d'acconto, si tratti di una «vera e propria creazione giurisprudenziale senza alcuna base legale».

[473] Cfr. Trib. Milano, 15 dicembre 2015, n. 13701.

La conferma di quanto detto è presto data: l'enunciazione della possibilità astratta di un'assoluzione per causa di forza maggiore quasi mai è seguita da un risultato processuale che ne riconosca la ricorrenza nel caso concreto.

2.1.2. Corte di legittimità e rifiuto dell'impostazione autonomista

La Corte di Cassazione, all'opposto, ha manifestato la tendenza a collocarsi entro l'impostazione tradizionale che considera la forza maggiore come una causa codificata di mancanza di coscienza e volontà[474]. Nella pronuncia[475] in cui dedica maggiore attenzione al problema, la Suprema Corte chiama in proprio supporto una rassegna di giurisprudenza risalente[476], da ritenersi oramai "classica", tornando a precisare che la forza maggiore – «*vis cui resisti non potest»,* a causa della quale l'uomo «*non agit sed agitur*» – vale ad escludere la *suitas* della condotta, sussistendo «solo e in tutti quei casi in cui la realizzazione dell'evento stesso o la consumazione della condotta antigiuridica è dovuta all'assoluta ed incolpevole impossibilità dell'agente di uniformarsi al comando»[477]. Alla luce di queste enunciazioni di principio, tenta dunque di giustificare perché, quando in passato la specifica questione è stata posta, i giudici di legittimità abbiano costantemente escluso «che le difficoltà economiche in cui versa il soggetto agente possano integrare la forza maggiore penalmente rilevante»[478]: se la *forza maggiore* postula sempre l'individuazione di un fatto imponderabile, imprevisto ed imprevedibile – la sovrapposizione con il *caso fortuito* è evidente – che esula del tutto dalla capacità di controllo dell'agente, tale da rendere ineluttabile (e, dunque, incosciente e involontario) il comportamento antidoveroso del soggetto, è chiaro che in tale nozione non possano rientrare situazioni di illiquidità finanziaria. Si tratterebbe allora di distinguere, per i reati omissivi, le ipotesi di semplice difficoltà a porre in essere il comportamento omesso da quelle di assoluta impossibilità[479]; potendosi solo in questo secondo caso – ossia solo nel caso di una *crisi* di liquidità che si sia manifestata

[474] Impostazione, questa, che, scontrandosi con il principio di conservazione delle norme, finisce per rendere superflua la disposizione dell'art. 45 c.p.. Cfr. G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, cit., 200.
[475] Cass. pen., sez. III, 29 ottobre 2015, n. 43599, in www.quotidianogiuridico.it, 5 novembre 2015.
[476] Sulla nozione di *causa di forza maggiore* sono richiamate, in particolare, Cass. pen., Sez. I, 26 ottobre 1965, n. 900; Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 1972, n. 3205; Cass. pen., Sez. IV, 21 aprile 1980, n. 8826. Sul fatto che la causa di forza maggiore rileverebbe come causa esclusiva dell'evento e mai quale causa concorrente di esso Cass. pen., Sez. IV, 23 novembre 1982, n. 1492; Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1966, n. 1966; Cass. pen., Sez. IV, 5 dicembre 1980, n. 2138. Si deve tuttavia segnalare, in tempi più risalenti, Cass. Pen., 23 marzo 1990, n. 10116, ove si indica che l'esimente della forza maggiore, di cui all'art. 45 c.p., sussiste in tutti i casi nei quali l'agente abbia fatto quanto era in suo potere per uniformarsi alla legge e che per cause indipendenti dalla sua volontà non vi era la possibilità di impedire l'evento o la condotta antigiuridica.
[477] La Suprema richiama in particolare: Cass. pen., 13 maggio 1982, n. 8089; Cass. pen., Sez. V, 26 marzo 1979, n. 5313; Cass. pen., Sez. IV, 19 gennaio 1981, n. 1621; Cass. pen., Sez. IV, 18 febbraio 1964, n. 284.
[478] Anche in questo caso la giurisprudenza richiamata risale fino agli anni '80: Cass. pen., Sez. III, 4 dicembre 2007, n. 4529; Cass. pen., Sez. I, 5 aprile 2013, n. 18402; Cass. pen., Sez III, 5 aprile 2011, n. 24410; Cass. pen., Sez. III, 18 settembre 1997, n. 9041; Cass. pen., Sez. III, 22 ottobre 1984, n. 643; Cass. pen., Sez. III, del 07 maggio 1984, n. 7779.
[479] Il rinvio è questa volta a Cass. pen., Sez. VI, 23 marzo 1990, n. 10116.

a seguito di circostanze eccezionalissime, e che davvero si atteggi alla stregua di una *vis maior* irresistibile – rintracciare quella carenza di *suitas* della condotta tale da incidere sulla tipicità del fatto.

È ovvio che, a differenza della precedente, questa impostazione preclude *ab origine* la possibilità di considerare le difficoltà economiche dell'imprenditore come causa di forza maggiore. Di conseguenza, è anche inutile andare a verificare da cosa queste difficoltà economiche dipendano: ossia se da un comportamento scarsamente prudente dell'imprenditore oppure da un contesto di eccezionale gravità che l'imprenditore non poteva né prevedere né, di conseguenza, prevenire. I rigidi contorni della scriminante consentono infatti di immaginare che essa possa essere riconosciuta, al più, in presenza di fatti umani o naturali che determinino una assoluta impossibilità *materiale* di adempiere l'obbligazione (ossia di porre in essere l'azione "versamento"), quali un'improvvisa malattia che abbia impedito al contribuente di recarsi allo sportello per il versamento o una calamità naturale che abbia messo fuori uso i *server* dell'istituto di credito presso il quale il soggetto passivo aveva appoggiato il modello F24[480]. Non anche invece nell'ipotesi di una vana attesa di un pagamento da parte di un cliente prestigioso colpito da un *crack*, di finanziamenti pubblici bloccati all'ultimo momento a causa di un'indagine penale su altri soggetti o, ancora, di una incalcolabile riduzione delle commesse: tutti rischi che, per quanto tipici dell'organizzazione d'impresa, in un contesto di crisi congiunturale sembrano uscire dalla loro ordinaria calcolabilità [481].

> Ma per escludere con maggiore certezza la possibilità di configurare una causa di forza maggiore, la Corte, nella parte cui in riassume la propria posizione in quattro punti[482], afferma che la presenza di atti in qualche modo espressivi di una *strategia imprenditoriale* diretta a fronteggiare la crisi di liquidità esclude sempre la configurazione della *forza maggiore,* sussistendo una totale *incompatibilità* tra assenza di *suitas* della condotta e margine di scelta dell'imprenditore in ordine alla "politica imprenditoriale" da adottarsi per risollevare le sorti dell'impresa o per metterla al riparo da possibili rischi. Un concetto, quello di *politica imprenditoriale,* volutamente ampio e indeterminato, che vorrebbe ricomprendere – ce lo dice una

[480] Cfr. sul punto G. CHECCACCI, *I reati di condotta di omesso adempimento dell'obbligo tributario,* in A. Giovannini–A. Di Martino–E. Marzaduri (a cura di), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario. Tomo I, Diritto penale e processuale,* 765 ss.

[481] Cfr. Cass. civ., 25 marzo 1992, n. 3695.

[482] Al punto 5.10, la Corte conclude che: «a) il margine di scelta esclude sempre la forza maggiore perché non esclude la "suitas" della condotta; b) la mancanza di provvista necessaria all'adempimento dell'obbligazione tributaria penalmente rilevante non può pertanto essere addotta a sostegno della forza maggiore quando sia comunque il frutto di una scelta/politica imprenditoriale volta a fronteggiare una crisi di liquidità; c) non si può invocare la forza maggiore quando l'inadempimento penalmente sanzionato sia stato concausato dai mancati accantonamenti e dal mancato pagamento alla singole scadenze mensili e dunque da una situazione di illegittimità; d) l'inadempimento tributario penalmente rilevante può essere attribuito a forza maggiore solo quando derivi da fatti non imputabili all'imprenditore che non ha potuto tempestivamente porvi rimedio per cause indipendenti dalla sua volontà e che sfuggono al suo dominio finalistico». Rispetto a questo profilo, aggiunge poi che «la pura e semplice indicazione di dati macroeconomici dell'impresa non costituisce prova rigorosa della assoluta impossibilità di adempiere derivante da causa a lui non imputabile, essendo peraltro principio incontroverso, nella dottrina e nella giurisprudenza civilistica, che la crisi di liquidità, salvo casi eccezionali, non manda esente da colpa il debitore pecuniario inadempiente». Il problema sollevato al punto *b),* che richiama il delicatissimo tema dell'*actio libera in causa,* è qui momentaneamente lasciato da parte, per essere approfondito più avanti.

sentenza della stessa sezione di solo un giorno precedente[483] – sia la scelta di privilegiare taluni pagamenti (retribuzioni, forniture) al posto di altri, sia quella di accedere, in modo intempestivo rispetto alla scadenza del termine lungo per il versamento, ad una delle proposte che l'attuale Legge fallimentare contempla come presentabili ad iniziativa del debitore, quali il concordato preventivo di cui all'art. 160 ss. L.F.[484] e il piano di risanamento di cui all'art. 67, co. 3 lett. *d)* L.F.

2.2. Crisi di liquidità e stato di necessità

L'imprenditore che omette di versare il dovuto al fisco può essere un imprenditore che: a) non può versare quei soldi perché soggetto a un divieto imperativo, oppure b) disponendo di una liquidità limitata, decida di impiegarla in altro modo.

Nel caso a) rientra l'ipotesi dell'imprenditore che abbia avuto accesso ad una procedura giudiziale (o soggetta ad omologa)[485] di composizione della crisi (ad esempio, un concordato preventivo) e che per tale ragione sia sottoposto all'obbligo di astenersi dai pagamenti fino a conclusione della procedura. Nel caso b) l'ipotesi di un imprenditore che non abbia adempiuto all'obbligo tributario per la necessità di far fronte ad altre esigenze ritenute prevalenti, quali il pagamento delle retribuzioni dei dipendenti e dei fornitori, allo scopo, rispettivamente, di non dover ricorrere ai licenziamenti del personale e di evitare istanze di fallimento per la società[486], anche

[483] Cass. pen., sez. III, 28 ottobre 2015, n. 1623, in *Dir.&Giust.*, 2016, 19 gennaio (con nota di E. FONTANA).

[484] Si veda in particolare Cass. pen., sez. III., 31 ottobre 2013, n. 44283, in www.soluzioni24fisco.ilsole24ore.com , dove la Corte aveva affermato che l'accesso alla procedura di concordato preventivo è atto di autonomia privata, d'iniziativa del debitore, che mira a sfociare nel cd. patto concordatario con i creditori. Trattandosi quindi di una scelta tutta interna alla volontà del debitore, come tale non potrebbe elidere gli obblighi giuridici, specie quelli aventi rilievo pubblicistico, quali l'obbligo del versamento dell'IVA, la cui omissione è sanzionata penalmente. Al debitore che chiede l'accesso alla procedura di concordato preventivo, sono infatti offerte varie soluzioni, quali la transazione fiscale o la redazione di un piano che, presentato tempestivamente ed in presenza di risorse che permettono il pagamento dei creditori di grado poziore, consenta il pagamento integrale dell'Iva. Quindi, concludeva la Corte, poiché l'omesso versamento è un reato omissivo istantaneo, che si perfeziona alla scadenza del termine entro cui doveva essere effettuato il pagamento, sarebbe del tutto irrilevante il fatto che la società tenuta all'adempimento del debito tributario, e per essa il suo legale rappresentante, sia stata ammessa alla procedura del concordato preventivo in data precedente, non avendo la stessa ottenuto alcuna dilazione di pagamento, a seguito di una espressa richiesta di accesso alla procedura di transazione fiscale avanzata con l'istanza di concordato preventivo». Si dà qui peraltro rilievo al fatto che nella specie la società non avesse neppure illustrato «il contenuto della sua proposta concordataria e la tempestività di essa rispetto alle scadenze IVA. Cfr. il commento di B. SANTACROCE–D. PEZZELLA, *Il concordato preventivo non esclude il reato di omesso versamento I.V.A.: quali effetti sulle sanzioni tributarie?,* in *Corr. trib.,* 1, 2014, 38 ss.

[485] Si esclude da questa ipotesi il procedimento di risanamento dell'impresa, di cui alla L. Fall., art. 67, co. 3, lett. d), perché l'istituto non rientra in un procedimento giudiziale o soggetto ad omologa da parte del giudice, come invece avviene per il concordato preventivo, ma si risolve in un atto stragiudiziale non soggetto al controllo del giudice né nella fase di preparazione, né nella fase di esecuzione, consistendo in un atto unilaterale dell'imprenditore e quindi risolvendosi in una operazione strettamente ed interamente privatistica, indirettamente riconosciuta come meritevole di tutela da parte dell'ordinamento mediante l'esenzione del patrimonio all'assoggettamento dell'azione revocatoria. Così Cass. pen., sez. III, 28 ottobre 2015, n. 1623, cit.

[486] Cfr. Cass. pen., sez. III, 14 maggio 2014, n. 23532, in *Dir.&Giust.*, 2014, 6 giugno (con nota di F. RADESCO).

quando a monte vi fosse la mancata riscossione di crediti vantati e documentati nei confronti dello Stato[487].

Il caso a) non è stato espressamente affrontato in giurisprudenza. Possiamo però rilevare come qui si affacci il tema del *conflitto di doveri*. Tema storicamente controverso, che, nonostante gli sforzi compiuti dalla migliore dottrina italiana nell'assicurargli una stabile collocazione dogmatica all'interno della *scriminante* di cui all'art. 51 c.p.,[488] continua a mettere in vibrazione, a seconda della specificità del caso concreto, anche la categoria dello *stato di necessità scusante,* nonché della *inesigibilità soggettiva.* La situazione che vede un soggetto chiamato ad adempiere l'obbligo tributario e al contempo obbligato (anche in fase di semplice prenotazione del concordato) ad astenersi dal pagare i debiti precedenti alla presentazione della domanda sembra facilmente risolvibile attraverso un'applicazione lineare della scriminante di cui all'art. 51 c.p.. Si potrebbe infatti qui intravedere la tipica ipotesi in cui, in presenza di particolari circostanze, una norma di dovere impone precisamente la commissione di un fatto (l'astensione dal pagamento) vietato da una norma incriminatrice: in tale ottica, come sostiene la dottrina prevalente[489], l'art. 51 c.p. servirebbe a *ribadire* la prevalenza della norma di dovere sulla norma di divieto penalmente sanzionata; prevalenza, peraltro, *già* determinabile in forza del principio di *specialità,* posto che le circostanze in presenza delle quali il comportamento di regola vietato diviene doveroso (nel nostro caso: la procedura di concordato preventivo in corso) sembrano operare a tutti gli effetti come *circostanze specializzanti,* la cui presenza determina una deroga al *generale* divieto posto dalla norma incriminatrice.

Maggiore complessità presenta invece il caso b). Ci troviamo qui infatti nello schema di un conflitto di doveri di *azione*, qual è quello che pare affacciarsi allorché il contribuente adduce di essersi trovato, a causa di una crisi di liquidità, a dover operare una scelta tra versare il dovuto all'erario oppure effettuare altri pagamenti, ad esempio versare gli stipendi ai dipendenti o saldare il conto con i fornitori. Lasciando da parte il rischio penale *"collaterale",* rappresentato dalla possibilità di incorrere in una *bancarotta preferenziale* – rischio in verità stimabile per ciascuna delle opzioni che si aprono al contribuente – qui l'imprenditore si trova nella tipica situazione in cui l'agente è destinatario di due doveri, il cui contestuale adempimento appare in concreto impossibile. Non è infatti ravvisabile il tipico caso "norma *speciale* che deroga alla norma penale", o viceversa, poiché nessuna delle due norme impone di commettere proprio la condotta che la norma confliggente vieta; dunque, date le premesse di ciò che

[487] Si veda ad esempio Cass. pen, Sez. III, 8 aprile 2014, n. 20266, in *Riv. dir. trib.*, 2014, 5, II , 66 ss. (con nota di G. CESARI); Cass. pen., Sez. III, 8 gennaio 2014, n. 15416, in *Dir.&Giust.*, 2014, 7 aprile (con nota di D. GALASSO); Cass. pen., Sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5467, in *Cass. pen.*, 2014, 9, 3059 ss. (con nota di R. CARACUZZO); Cass. pen., Sez. III, 12 giugno 2013, n. 37528, in *CED Cass. pen.* 2013.

[488] Cfr. F. VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffré, Milano, 2000, 505 ss.

[489] Invocano espressamente il principio di *specialità,* ai fini della risoluzione del conflitto tra norma incriminatrice e norma scriminante, T. PADOVANI, *Diritto penale,* cit., 160; C. FIORE–S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale,* vol. I, Torino, 2013, 316 ss.; A. PAGLIARO, *Concorso di norme,* in *Enc. dir.,* vol. VIII, 1961, 550.

si tende a ricondurre nel perimetro applicativo della disposizione di cui all'art. 51 c.p. (e cioè le sole antinomie del tipo totale-parziale, in cui la norma d'obbligo è speciale rispetto alla norma incriminatrice di divieto), una eventuale giustificazione della condotta omissiva dell'imprenditore sembrerebbe da ricercarsi su un piano *diverso* da quello dell'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 c.p.. Se non altro perché, affidandoci a questo articolo, rimarrebbe sempre il dubbio – difficilmente superabile anche «attraverso *tutti* gli strumenti di cui l'interprete dispone»[490] – se agli occhi dell'ordinamento sia più importante pagare le tasse o stipendiare i lavoratori – e, dunque, l'interesse solidaristico di portata generale o la tutela del lavoro – dubbio che potrebbe essere sciolto soltanto attraverso l'affermazione di un radicale rapporto di prevalenza di un interesse rispetto all'altro. Per questa ragione, potrebbe convenire spostarsi su un campo in cui sia piuttosto preso in esame un rapporto di *proporzione* – che può essere inteso, come è noto, tanto nel senso di una prevalenza*,* seppure non essenziale, come di una equivalenza, o almeno di non eccessivo divario – tra il bene salvato rispetto a quello sacrificato, qual è quello richiesto nello *stato di necessità,* in particolar modo ove esso sia considerato nella sua dimensione *scusante*: ove cioè si vada a rintracciare, sul presupposto che nessuno dei beni in gioco prevale in modo *essenziale* sull'altro, il difetto di un processo di motivazione «normale» che apre ad una prospettiva di inesigibilità di un comportamento conforme alla norma.

Ma il nostro ordinamento, a differenza di quanto accade in Germania[491], subordina sempre il riconoscimento dello stato di necessità – a prescindere dal fatto che si orienti lo stato di necessità in senso giustificante oppure scusante – alla presenza di un "*pericolo attuale di un danno grave alla persona*", da intendersi «quale lesione dei soli beni morali e materiali che costituiscono l'essenza stessa dell'essere umano, come la vita, l'integrità fisica (comprensiva del diritto alla salute), la libertà morale e sessuale, il nome, l'onore, ma non riferibile a quei beni che, pur essendo costituzionalmente rilevanti, contribuiscono al completamento ed allo sviluppo della persona umana»[492].

Presupposto, questo, che nelle esperienze giurisprudenziali in materia di omesso versamento ha ogni volta rappresentato, uno sbarramento insormontabile rispetto all'applicabilità, invocata dai ricorrenti, dell'art. 54 c.p., Se neanche i giudici di merito hanno mai ritenuto applicabile questa disposizione, sono stati in particolar modo i giudici di leggittimità a calcare l'argomento secondo cui la perdita del posto di lavoro non potrebbe mai integrare gli estremi del *danno grave alla persona* sotto il profilo dell'art. 54 c.p.. Questa posizione, oltre a porsi in controtendenza rispetto a quell'indirizzo della giurisprudenza di legittimità che, con approccio estensivo, ammette la ricomprensione nel concetto di danno grave alla persona, tra le situazioni soggettive tutelabili, anche la libertà personale, la libertà sessuale, e ogni altra posizione giuridica

[490] Cfr. F. VIGANÒ, *op. ult. cit.,* 520.
[491] Cfr. in tema F. PALAZZO–M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato,* Giappichelli, Torino, 2013, 89 ss.
[492] Così testualmente il § 3 di Cass. pen., sez. III, 21 gennaio 2015, n. 7429, in *il Fisco*, 2015, 10, 998 ss.. Ma parole simili sono spese in Cass. pen., Sez. III, 8 gennaio 2014, n. 15416, cit.; Cass. pen., Sez. III, 7 febbraio 2014, n. 5905, in *Cass. pen.* 2014, 9 , 3059 ss.

fondamentale per l'individuo, ivi compreso il "diritto all'abitazione"[493], si scontra con la visione di molta parte della dottrina[494]; la quale dottrina non ha esitato a scagliarsi[495] contro questa interpretazione restrittiva, affermando che più corretto sarebbe stato se i giudici di legittimità avessero argomentato lo sbarramento all'applicazione dell'art. 54 c.p. sulla base della carenza degli altri requisiti che compongono il profilo dell'ipotesi necessitante, in particolare l'*attualità* del pericolo e la sua *inevitabilità*[496].

> È del tutto evidente che la constatazione dell'assenza del requisito del "danno grave alla persona" abbia rappresentato un *commodus discessus*, per dei giudici di legittimità impegnati a riaffermare, in un contesto di violazione diffusa degli obblighi tributari, la vigenza della norma fiscale[497]. Considerato il contesto di eccezionale e generalizzata difficoltà economica che ha

[493] È possibile infatti rilevare una certa contraddizione rispetto alla posizione della stessa Corte, la quale, in riferimento a fatti di occupazione di edifici (art. 633 c.p.) da parte di persone indigenti che avevano agito per soddisfare il bisogno di un alloggio oppure a violazioni in materia edilizia perpetrate al fine di evitare l'aggravarsi di condizioni di salute proprie o di altre persone della famiglia, aveva finito per avallare un'accezione estensiva di *danno grave alla persona,* riconoscendo la possibilità dell'astratta compatibilità tra questi fenomeni e lo stato di necessità; salvo poi richiedere una puntuale e rigorosa dimostrazione della necessità della condotta, della attualità del pericolo e della sua inevitabilità. Cfr. Cass. pen., Sez. II, ord. 14 febbraio 2008, n. 7183, in *CED Cassazione 2008*; Cass. pen., Sez. II, 27 luglio 2007, n. 35580, in *Cass. pen.* 2008, 3, 1023 ss. (con nota di A. MEREU); Cass. pen., Sez. III, 9 giugno 2006, n. 19811,in *Cass. pen*., 2009, 7-8, 3061 ss., riguardanti la riconduzione, nel "danno grave alla persona", di «tutte quelle situazioni che minacciano solo indirettamente l'integrità fisica del soggetto in quanto si riferiscono alla sfera dei diritti primari collegati alla personalità, fra i quali deve essere ricompreso il diritto all'abitazione in quanto l'esigenza di un alloggio rientra fra i bisogni primari della persona».

[494] L'orientamento della Corte sembrerebbe collidere anche con l'impostazione dottrinaria che – pur fedele alla logica di *extrema ratio* su cui riposa il fondamento dell'esimente, e infatti ben attenta ai rischi di un'interpretazione eccessivamente generosa del requisito del «danno grave», derivanti da una sua estensione a beni essenzialmente ideali (quali, ad esempio, l'onore e il pudore) – ammette l'inclusione nella formula codicistica di profili di lesione di tipo fisico-materiale, ancorché solo indiretti: tali sarebbero le lesioni riguardanti situazioni giuridiche definite strumentali, quali le esigenze di impiego e di alloggio, destinate a riflettersi sul "nucleo duro" dei beni della vita. Cfr. da ultimo R. CAPPITELLI, *Stato di necessità e pericolo di danno grave alla persona*, in *Cass. Pen.,* 2018, 245 ss. Si veda inoltre G. V. DE FRANCESCO, *La proporzione nello stato di necessità,* Jovene, Napoli, 1978, 214 ss. che muovendo dall'identificazione dei beni tutelabili ex art. 54 c.p. con le condizioni minime per la sussistenza della persona – nelle quali si concretizza il valore della *dignità umana* ex art. 2 Cost., e che lo Stato è tenuto ad assicurare ad ogni cittadino in ottemperanza al dovere di assistenza ai bisognosi di cui all'art. 38 Cost. – propone un'interpretazione elastica dei requisiti dell'attualità e dell'inevitabilità del pericolo nell'ottica dinamica del giudizio di proporzione: quanto maggiori sono il rango del bene salvaguardato e il *pericolo* su di esso incombente (in termini di intensità della lesione e di probabilità della sua verificazione), tanto meno rigoroso dovrà essere l'accertamento giudiziale in punto di *attualità* del pericolo (intesa come prossimità cronologica di verificazione del danno) e in punto di *evitabilità* attraverso mezzi lesivi.

[495] V. G. FLORA, *Crisi di "liquidità" ed omesso versamento,* cit., 906*,* il quale muove una profonda critica alla Corte di Cassazione, barricata in una posizione di assurdo rigorismo, «sorda e cieca» nei confronti dell'attuale realtà economico-sociale».

[496] *Ibidem.*

[497] Ricordiamo peraltro che lo stato di necessità, nella visione della Corte, continua ad essere ancorato ad una dimensione puramente *oggettiva,* di scriminante in senso stretto, con la conseguenza che assoluzioni fondate sull'art. 54 c.p. potrebbero assumere un particolare "significato morale" agli occhi dei consociati, trattandosi di una *giustificazione* (e non di una semplice scusa) che in qualche misura limita la portata dell'imperativo penale. E tuttavia, queste appaiono "raffinatezze" che non interessano il destinatario del messaggio di assoluzione. Per il consociato medio la distinzione tra stato di necessità scusante e giustificante, fondamentale per il giurista (ma del resto neppure condivisa da ogni giurista), è del tutto secondaria. L'opera regolatrice della dommatica, capace di dare luogo a raffinate distinzioni, non appare

travolto, non diciamo all'improvviso, ma di certo in modo inaspettatamente rapido e massivo gli imprenditori italiani, costretti a scegliere come "meglio" destinare le (scarse) risorse disponibili, non era infatti scontato che i requisiti della attualità e della inevitabilità del pericolo avrebbero offerto, come accaduto per altre situazioni[498], un solido appiglio argomentativo nel senso dell'esclusione dello stato di necessità. Al contrario, a noi pare che solo anticipandolo al requisito del "danno grave alla persona", lo sbarramento per il riconoscimento dello stato di necessità avrebbe potuto darsi per certo. Ammettere la presenza di tale elemento avrebbe infatti comportato[499] la doverosità di valutare in *concreto* l'*inevitabilità altrimenti* del pericolo, vagliando le reali alternative lecite per affrontarlo senza commettere il reato, e dunque tenendo conto delle risorse effettivamente disponibili in quella specifica situazione per quello specifico soggetto. Ed è innegabile che questo accertamento si compie su un terreno particolarmente sdrucciolevole e suscettibile di condurre a facili esiti liberatori, in particolare se consideriamo che, da applicazione rigorosa del nostro codice di rito[500], la prova incompleta di un'ipotesi scriminante debba essere sempre valutata a favore dell'imputato, a prescindere dal fatto che in capo allo stesso si configuri un mero onere di allegazione oppure di un "principio di prova"[501].

2.3. Crisi economica ed elemento soggettivo

Sulla possibilità di escludere l'elemento psicologico tipico del reato di omesso versamento in presenza di una improvvisa crisi di liquidità, si registra una differenza di vedute tra giurisprudenza di merito e di legittimità. Nella giurisprudenza di merito l'assenza del profilo soggettivo – benché spesse volte confusamente agganciato al profilo della forza maggiore[502] – ha rappresentato il meccanismo assolutorio maggiormente frequentato[503].

---

invero incidere sulla percezione sociale di ciò che, agli occhi del *quivis de populo,* riporta un unico e identico messaggio: l'assoluzione. Come è stato notato, «fra i molti argomenti che possono essere spesi per dimostrare l'opportunità della distinzione tra illiceità e colpevolezza, quello che fa leva sul diverso "significato morale" – e quindi dell'asserito diverso impatto sociale – dell'assoluzione per effetto, rispettivamente, del riconoscimento di una causa di giustificazione o di una mera causa scusante» è davvero il meno persuasivo. La notizia della sentenza assolutoria tenderà comunque a suscitare nei consociati la convinzione della liceità della condotta, quanto meno se compiuta in presenza di determinate condizioni. Cfr. in tema F. VIGANÒ, *op. ult. cit.,* 285 ss.

[498]Nella giurisprudenza in materia di *necessità abitativa* era stata infatti sdoganata l'operatività dello stato di necessità in situazioni di *bisogno* connesse alla salvaguardia di beni *strumentali* allo sviluppo della persona umana. E tuttavia, dopo aver superato l'ostacolo del danno grave alla persona, non si era riusciti a superare quelli della attualità del pericolo e della sua inevitabilità.

[499] A meno che non si voglia far scadere un simile accertamento nella mera evocazione della possibilità astratta di ricorrere all'intervento della «moderna organizzazione sociale», senza tener conto della reale possibilità di fruirne da parte dell'agente. T. PADOVANI, *Diritto penale,* cit., 177. Cfr. anche G. AMARELLI, *op. cit.*

[500] Cfr. E. MARZADURI, *Commento all'art. 530 c.p.p.,* in M. Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale,* Torino, 1991 e R. GAROFOLI–C. PAPAGNO, *L'accertamento della responsabilità,* in A. Gaito (a cura di), *La prova penale*, Giappichelli, Torino, 2011, 480.

[501] Cfr. Cass. pen., Sez. II, 7 febbraio 2013, n. 20171, in *CED Cass. pen.* 2013.

[502] Sia consentito in nota di evidenziare una certa incertezza della giurisprudenza nel muoversi all'interno dell'alternativa tra impossibilità (materiale) della prestazione (o, meglio, dell'azione doverosa) e rimproverabilità del comportamento antidoveroso. Una difficoltà che, invero, non appare da attribuirsi tanto all'intrinseca complessità della categoria dogmatica della *causa della forza maggiore,* alla base della sua collocazione sistematica a tutt'oggi controversa, quanto, piuttosto, al tipo di circostanze che nella categoria si vorrebbero ricondurre. Proponendoci tuttavia di rimandare la riflessione su questo punto ad una fase più avanzata dell'indagine, ci limitiamo per il momento a riportare un caso in cui il senso di

Significative, in questo senso, le parole di quel GUP fiorentino[504] che, nel mandare assolto il contribuente «perché il fatto non costituisce reato», ha spiegato come il «processo penale, a differenza di quello tributario, impone di valutare e di provare la volontarietà dell'omissione (nel senso richiesto dalla norma violata, di tal che deve risultare che l'agente si è rappresentato, e ha voluto l'omissione del versamento nel termine richiesto)»; volontarietà che nel caso di specie era stata ritenuta non sussistente, «causa la crisi finanziaria in cui si era venuto a trovare [l'imputato] in conseguenza anche di soggetti terzi inadempienti nei suoi confronti», crisi che lo aveva posto in una condizione di "illiquidità" tale da non renderlo nel caso di specie, pur se inadempiente al pagamento dell'Iva, perseguibile penalmente[505].

---

questo continuo scivolamento tra dimensione obiettiva e subiettiva affiora nitidamente. Si tratta della sentenza del Tribunale di Milano poco sopra richiamata, dove il giudice *a quo,* ritenendo integrato l'elemento oggettivo del reato – e respinta, quindi, l'ipotesi di una causa di forza maggiore tale da escludere l' «esigibilità oggettiva» della condotta doverosa –, rileva che, in presenza di una crisi di liquidità dell'azienda non imputabile all'agente, alla quale questi abbia tentato di fare fronte attraverso tutte le misure idonee in concreto, s'impone al giudice una valutazione complessiva della vicenda nel cui contesto la condotta incriminata fu tenuta». E prosegue considerando che «invero, la stessa giurisprudenza che giunge ad esiti assolutori "perché il fatto non costituisce reato" in casi analoghi a quello *de quo*, pur motivando la decisione con l'assenza del *dolo*, finisce in realtà per fondare la propria conclusione non già sull'esistenza di una condotta dell'agente inconscia, inconsapevole, involontaria, bensì sulla considerazione che quella condotta, per quanto volontariamente tenuta, debba ritenersi "imposta" al soggetto dalle circostanze contingenti eccezionali che questi si trovò ad affrontare». Riconosce quindi che i colleghi, in casi simili a quello portato alla sua attenzione, sono soliti costruire una valutazione in termini di assenza di *dolo* per una condotta che, in quanto *necessitata* da circostanze oggettive esterne, è bensì *volontaria,* ossia supportata dall'elemento psicologico più pregnante*,* ma non altrettanto *libera.* Il giudice di cui stiamo analizzando i ragionamenti finisce però poi per trarre conclusioni in parte inaspettate, ossia: non riconoscere la ricorrenza di una causa di forza maggiore rilevante ai sensi dell'art. 45 c.p., ma richiamarsi al generalissimo principio di *esigibilità soggettiva,* quale fondamento della stessa possibilità di muovere un rimprovero all'agente; di ritenerlo, cioè, *colpevolmente responsabile* per un determinato fatto. Il giudice, insomma, condivide lo spostamento sul piano della *colpevolezza*, ambito nel quale, a suo avviso, è corretto svolgere il giudizio di non punibilità, ma d'altra parte ritiene che il "luogo" ordinariamente prescelto per lo svolgimento di tale giudizio sia quello sbagliato. La valutazione dovrebbe infatti appuntarsi non già su di «un riscontro decontestualizzato della volontarietà dell'azione o dell'omissione posta in essere», quale momento *finale* del giudizio di colpevolezza, ma soffermarsi sul nucleo primario ed essenziale di tale giudizio: l'*esigibilità soggettiva*. Su questa pronuncia torneremo più avanti.

[503] Confronta, ad esempio, GIP Trib. Firenze, 27 luglio 2012, n. 1141, con riferimento ad un'omissione IVA *ex* art. 10-*ter* in un caso di impossibilità derivante dal mancato pagamento da parte di debitori aziendali di somme rilevanti; GIP Trib. Milano, 14 aprile 2012, con la quale è stata pronunciata sentenza di *assoluzione* in un caso ove la società si era trovata in un'improvvisa crisi di liquidità per il mancato versamento da parte di un ente pubblico della somma di 1.700.000 euro; situazione alla quale l'imputato aveva tentato di porre rimedio, cercando di percorrere tutte le strade possibili per riuscire a recuperare liquidità per pagare i debiti tributari e che, tuttavia, lo aveva portato a versare il dovuto a titolo di IVA solo dopo la scadenza del termine fissato dall'art. 10-*ter* attraverso la rateizzazione del dovuto; GIP Trib. Milano, 19 settembre 2012; Gip Trib. Milano, 7 gennaio 2013, n. 3926.

[504] Gip. Trib. Firenze, G.i.p., 27 luglio 2012.

[505] Motivazioni di questo tenore nella materia economica e in particolare nei reati di natura fiscale sono molto rare. Siamo al contrario abituati a pronunce tutte incentrate sull'analisi dell'elemento oggettivo, in implicita adesione ad un modello di (supposta) *razionalità decisionale* totalmente svuotato di ulteriori connotazioni psichiche, che assorbe e neutralizza ogni indagine psicologica sul soggetto. Qui l'argomento "psicologico" si trova invece in primo piano, come se il giudice si trovasse di fronte ad un qualsiasi situazione giuridica «emotivizzata». Questa sentenza in parte spiazza, in parte apre scenari di grande interesse, dove l'indagine di tipo psicologico (e neuroscientifico) inizia ad abbandonare il terreno sondato dei «comportamenti distorti dalla patologia delle emozioni/passioni» per «inoltrarsi nella comprensione di comportamenti «freddi» quali quelli, appunto, di tipo economico». R. BORSARI–L. SAMMICHELI, *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nel reato economico. Note introduttive per*

La Corte di Cassazione, da parte sua, non ha negato che possa essere raggiunta la prova della carenza dell'elemento soggettivo. Anzi, con due sentenze a Sezioni Unite del 2013 (sentenze *Romano* e *Favellato*)[506] – dopo aver chiarito l' "equivoco" sulla base del quale in passato una certa giurisprudenza, invero minoritaria, tendeva a richiedere il fine di evasione (così trasformando una fattispecie schiettamente a dolo generico in una fattispecie a dolo specifico) – i giudici di legittimità hanno impostato in capo al giudice di merito un puntuale obbligo di motivazione rispetto alla sussistenza dell'elemento doloso, non potendo questi limitarsi a dichiarare la «irrilevanza della circostanza che l'obbligato potesse trovarsi nell'impossibilità di versare il dovuto per problemi economici anche gravi della propria impresa», pena il rischio di trasformare l'art. 10-*ter* d.lgs. n. 74/2000 in un reato punibile a titolo di responsabilità oggettiva.

Queste affermazioni di apparente apertura devono tuttavia essere combinate con l'impostazione assunta dalla Corte in merito alla struttura dell'illecito di omesso versamento. Nel momento stesso in cui sostenevano la tipicità dolosa dell'illecito tributario, le Sezioni Unite costruivano l'omesso versamento Iva e delle ritenute certificate come reato a formazione progressiva, configurando in capo al contribuente un obbligo di accantonamento e organizzazione su scala annuale, da adempiersi ogni volta che si trovi a erogare gli emolumenti al sostitu*i*to d'imposta (per l'art. 10-*bis*) oppure a riscuotere l'IVA dall'acquirente del bene o del servizio (per l'art. 10-*ter*). Richiamandosi alla sentenza della Terza Sezione "*Provenzale*"[507], aggiungevano come non possa «essere invocata, per escludere la colpevolezza, la crisi di liquidità del soggetto attivo al momento della scadenza del termine lungo, a meno che non si dimostri che questa non dipenda dalla scelta […] di non far debitamente fronte all'esigenza» di organizzare le proprie risorse, accantonandole per poi adempiere all'obbligazione tributaria. Le Sezioni semplici della Cassazione sono intervenute a integrare variamente queste enunciazioni[508], esplicitando che, sebbene la condotta di

---

una linea di ricerca, in R. BORSARI–L.SAMMICHELI–C.SARRA, Homo Oeconomicus. *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, Padova University Press, Padova, 2015, 12.

[506] Così, per l'art. 10-*bis*, Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37425, in *Cass. pen.*, 2014, 1 , 38 ss. (con nota di A. CIRAULO) e per l'art. 10-*ter* Cass. pen., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37424, cit., dove si precisa che er la commissione di tali reati, basta la coscienza e volontà di non versare all'Erario le ritenute effettuate nel periodo considerato o l'Iva riscossa, con la precisazione che tale coscienza e volontà deve investire anche i valori soglia previsti dalla legge, che sono un elemento costitutivo del fatto, del quale perciò contribuiscono a definire il disvalore.

[507] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 1 gennaio 2010, n. 10120, cit..

[508] Cfr. Cass. pen., sez. III, 5 giugno 2014, n. 23532, in *Iltributario.it*, 2017 (con nota di D. PIGNOLONI) dove si afferma che «la situazione di colui che non versa l'imposta si risolve, di regola, in una condotta, cosciente e volontaria, la quale, in modo progressivo, si articola, in un primo momento, con il mancato accantonamento delle somme trattenute; successivamente con l'omesso versamento mensile secondo le cadenze previste dalla normativa tributaria; ed infine con la prosecuzione della condotta omissiva fino al termine ultimo fissato dalla norma penale». Così anche Cass. pen., sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5467, cit., e Cass. pen., sez. III, 8 gennaio 2014, n.15416, cit.. Ma in questo senso si veda anche G. SOANA, *op. cit.,* il quale sostiene che anche in caso di crisi di liquidità che non consenta il versamento delle somme dovute, sussiste il necessario dolo in quanto, questo mancato versamento trova la sua origine non già in una situazione sopravvenuta alla quale il contribuente non possa porre rimedio, ma nel volontario

mancato accantonamento mese per mese non è di per sé penalmente rilevante, non è mai possibile escludere la colpevolezza quando l'omissione derivi dalla scelta del datore di lavoro-sostituto d'imposta di non far debitamente fronte al suo obbligo organizzativo.

La dottrina[509] non ha tardato a rilevare come questo orientamento – in cui l'affermazione di responsabilità è basata su di un obbligo (implicito) di gestione delle risorse e continuo è il riferimento ad un tipo di «organizzazione previdente» e alla capacità dell'imprenditore di «far debitamente fronte ai propri obblighi organizzativi» – evochi concetti più consoni a un illecito a struttura colposa che ad una fattispecie dolosa quale quella in esame[510]. Il giudizio di colpevolezza, si obietta, non insisterebbe più su una volontà dolosa che deve potersi riconoscere nell'ultimo momento entro il quale è possibile validamente adempiere, ma ricadrebbe su un momento antecedente, su una fase *pretipica*. Non solo. Il fondamento della responsabilità non sarebbe ravvisato in una *volontà* comunque *dolosa* antecedente al fatto (secondo quella ben nota *fictio iuris* su cui è imperniata la previsione dell'art. 87 c.p.)[511], bensì andrebbe rintracciato in una *colpa* antecedente al fatto: nel non aver adempiuto alla regola di *diligenza* che vorrebbe un imprenditore pronto ad accantonare immediatamente il dovuto in vista del versamento allo scadere del termine lungo. Oltre a produrre un evidente sfasamento temporale tra *colpevolezza* e *fatto* (e dunque tra *rappresentazione* al momento in cui ci si pone in condizione di impossibilità di agire lecitamente e *realizzazione* della

---

mancato adempimento al dovere di accantonare, immediatamente, le somme ritenute (allorché si versa il dovuto al lavoratore o comunque al prestatore di opera) per poi versarle all'Erario o comunque, nella successiva distrazione ad altre finalità delle somme in precedenza correttamente accantonate; con una condotta che, secondo, l'A. deve qualificarsi «indebita appropriazione di somme altrui di cui si ha la detenzione».

[509] Cfr. A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi,* in C.F. GROSSO–T. PADOVANI–A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Giuffré, Milano, 2010.

[510] I reati di cui trattiamo – lo abbiamo detto in apertura – sono reati omissivi propri, il cui dolo è costituito – secondo la chiara definizione di un'illustre dottrina – dalla rappresentazione del presupposto del dovere di agire e dalla volontà di non compiere l'azione doverosa (idonea e possibile), cioè del non adempiere, in concomitanza alla scadenza del termine, o del porsi, già prima, nella impossibilità di adempiere. Considerato dunque che il dolo penalmente rilevante è solo quello sussistente al momento della condotta tipica, il dolo omissivo in questione deve necessariamente accompagnare il mancato adempimento del comportamento doveroso alla scadenza del termine prescritto. Cfr. F. MANTOVANI, *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1009. In altri termini, secondo il paradigma della responsabilità omissiva propria, la condotta tipica che, ai sensi dell'art. 42 c.p., deve essere sorretta da *coscienza* e *volontà,* reale o potenziale (così da rientrare nel bersaglio, prima – logicamente e *non* cronologicamente – della *suitas* e, poi, del dolo), è quella "inerzia" che sia concomitante o alla scadenza del termine, espresso o implicito per l'adempimento del dovere di fare, o all'azione che rende impossibile l'adempimento di tale dovere. Dunque, affinché il delitto di cui all'art. 10-*ter* d.lgs. n. 74/2000 risulti integrato in tutti i suoi elementi, occorrerà che il dolo generico tipico sia effettivamente sussistente nel momento dell'omissione del versamento allo spirare del termine *lungo*. Ne dovrebbe conseguire logicamente che qualora il soggetto, a causa di un'obiettiva mancanza di liquidità, non possa fare altro che omettere il tempestivo versamento dell'IVA dovuta, il dolo tipico non risulterà integrato (stante l'effettiva mancanza di "volontà" dell'omissione).

[511] Lo schema, dunque, non sarebbe neppure quello tipico delle *actiones liberae in causa,* di per sé già in odore di violare il principio di personalità della responsabilità penale; ma virerebbe verso modelli di responsabilità schiettamente obiettiva (il modello è quello del *versari in re illicita*), dove ipotesi di mancato adempimento delle obbligazioni tributarie con negligente o anche incolpevole gestione aziendale sono accomunate al preordinato progetto di inadempimento.

fattispecie tipica), sarebbe stravolta anche la fisionomia delle fattispecie di cui si tratta, attribuendo la responsabilità di reati puniti solo a titolo di dolo anche quando l'omesso versamento (o, meglio, la carenza di liquidità che lo determina) sia dovuto ad una violazione della regola di diligenza neppure accompagnata da una rappresentazione (e tantomeno da una volontà) della futura commissione del reato[512-513].

[512] Non ci sembra, in una visione diciamo più fiduciosa, di poter affermare che la Corte di Cassazione, laddove dirige l'attenzione sul momento del mancato accantonamento oppure sulla mancata attivazione di soluzioni gestionali, non faccia altro che applicare il basilare principio di ordine metodologico secondo il quale il "dolo si ricava dal fatto", ossia dall'attenta osservazione del comportamento dell'agente e dalle circostanze in cui questo si è verificato. Principio che impone di indagare il profilo soggettivo dell'agente in esame non in modo asettico, con riferimento alla sola situazione presente al momento della scadenza del termine fissato dal legislatore penale, bensì tenendo conto di quale sia stato l'atteggiamento complessivo del contribuente, sin dal momento dell'insorgenza dell'obbligazione tributaria. In questa visione, insomma, la Corte di Cassazione, lungi dal pronunciarsi in spregio del principio di personalità della responsabilità penale, procederebbe del tutto legittimamente a fornire istruzioni su come "calare nel processo" la fattispecie sostanziale di omesso versamento, selezionando alcuni indici che servono al giudice per poter desumere la sussistenza dell'elemento doloso. Il mancato accantonamento, dunque, non costituirebbe più un primo segmento della tipicità del fatto, ma andrebbe a configurarsi alla stregua di indice euristico del dolo del fatto: e ciò in quanto un simile comportamento si accompagna di regola – e cioè secondo il quod plerumque accidit – alla scelta consapevole di destinare i fondi ad altri scopi, di agire volutamente in spregio delle pretese erariali. La Corte non andrebbe dunque né ad anticipare la rilevanza della condotta ad un momento antecedente ed estraneo alla fattispecie incriminatrice, né si proporrebbe una sorta di riconversione del modello di responsabilità colpevole concepita dal legislatore: si tratterrebbe invece di precisare il valore dell'omesso accantonamento alla stregua di atto altamente sintomatico di un inadempimento consapevole e dunque idoneo (se non univoco) a rintracciare il disvalore d'intenzione dell'omissione finale. Ancora in questa prospettiva sarebbe possibile leggere la richiesta di un'approfondita valutazione in ordine agli sforzi compiuti per accedere a soluzioni dirette a garantire l'adempimento dell'obbligo tributario: il ricorso tempestivo agli strumenti normativi di soluzione concordata della crisi di impresa, al credito bancario, alla dismissione del patrimonio immobiliare dell'impresa, e così via. Un simile accertamento non avrebbe infatti come fine l'individuazione di atti di mala gestio di per sé capaci di fondare la responsabilità del soggetto, andando nella direzione di rinvenire quell'"inflessione volontaristica", quell'"atteggiamento psichico di adesione" nei confronti dell'omissione del versamento, che soli consentono di tracciare il confine tra forme di incapacità di adempiere volontarie, sebbene nella forma del dolo eventuale, e condotte invece solamente colpose. Sarebbe dunque un importante indicatore diretto a distinguere l'assenza di adeguate precauzioni per le sopravvenienze, riconducibili ad una negligente gestione aziendale, da quelle omissioni che invece si contraddistinguano per essere il frutto consapevole di una gestione aziendale, se non preordinata all'omesso versamento (come sarebbe nel caso in cui l'elemento soggettivo tipico corrispondesse al dolo intenzionale o diretto), almeno volontaria. E tuttavia, al di là dei dubbi che parrebbero annidarsi già nei presupposti teorico-dogmatici di una simile prospettazione – la compatibilità della categoria del dolo eventuale, che postulerebbe ontologicamente un evento in senso naturalistico, con un reato di *pura condotta* qual è quello descritto nelle fattispecie di omesso versamento[512] –, essa finisce per rappresentare come un'occasione per formalizzare una "teoria della prova del dolo" ciò che invece, a nostro avviso, rappresenta un tipico caso di standardizzazione delle forme di manifestazione della intenzionalità delittuosa, di quel procedere per *stereotipi*, differenziati in ragione dei *tipi strutturali* di ogni singolo delitto, ormai consolidato nel diritto penale economico.

[513] A noi sembra qui di trovarci davanti ad un tipico caso di standardizzazione delle forme di manifestazione della intenzionalità delittuosa, di quel procedere per *stereotipi* (per «*homunculi* motivazionali standardizzati», cfr. Cfr. C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem: progettualità e metodologia per la parte generale di un codice penale dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2, 2000, 502 ss.) ormai consolidato nel diritto penale economico, al fine di ottenere risultati di *semplificazione* in punto di accertamento processuale della sussistenza dell'elemento soggettivo. Ci troviamo così ad osservare una esemplare manifestazione di creazione giurisprudenziale di quella nuova e *ibrida* forma di dolo, variamente denominata come *dolus in re ipsa,* tipico frutto «della sovrapposizione totale delle esigenze (processuali) dell'accertamento sui criteri sostanziali di determinazione dell'oggetto

La prospettiva cambia completamente nell'ipotesi di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali (art. 2, comma 1-*bis* l. n. 683/1983), le quali vengono versate all'Inps mediante l'impiego di risorse proprie dell'impresa, e non somme che tendenzialmente ha già incassato o che comunque ha dichiarato di aver già trattenuto in relazione ad emolumenti corrisposti al terzo. In questo caso, le medesime affermazioni della giurisprudenza di legittimità (la possibilità per l'imprenditore di invocare, quale causa di esclusione della responsabilità penale, dell'assoluta impossibilità di adempiere al debito di imposta per cause imputabili a fattori esterni) suonano infatti diversamente, facendo intravedere la concreta possibilità di un risultato assolutorio per carenza dell'elemento soggettivo tipico[514].

2.4. Il principio di inesigibilità soggettiva. Il giudice e la bussola del personalismo penale, fuori dal tracciato della legalità

Mentre la Corte di Cassazione tende a costruire forme standardizzate di manifestazione dell'intenzionalità delittuosa che in qualche modo assicurano un risultato punitivo, altri (i giudici di merito e una parte della dottrina), seguendo la richiesta di più "tolleranza" avanzata dagli imprenditori nel tessuto socio-economico della crisi, propongono di trasferire il giudizio di rimproverabilità dell'agente in un momento antecedente a quello della verifica dell'elemento soggettivo.

La sentenza[515] con cui la Terza sezione penale del Tribunale di Milano ha fondato l'assoluzione di un imprenditore – imputato per omesso versamento di ritenute certificate – sull'applicazione del principio di *inesigibilità soggettiva,* quale diretta emanazione del principio costituzionale di colpevolezza, merita un'analisi attenta: per l'audace, ma meditata, applicazione della categoria dell'*inesigibilità* soggettiva fuori dal consueto ambito dell'imputazione colposa e per la ricognizione dello "stato dell'arte" da cui il giudice fa discendere la propria decisione.

Nel corso dell'istruttoria dibattimentale di primo grado era emersa la prova di una serie di circostanze di fatto, addotte dall'imputato – un amministratore di una società per azioni operante nel settore tessile – a giustificazione dell'omesso versamento delle ritenute certificate, tra cui: *i)* una seria crisi di mercato che aveva determinato un grave calo della produzione e del fatturato, facendo registrare perdite per oltre un milione di euro; *ii*) il fallimento di molti clienti dell'impresa, da cui l'inadempimento di ingenti crediti; *iii*) la revoca di linee di credito da parte di molti istituti bancari; *iv*) l'ingiunzione – pena il blocco della produzione – di Arpa Regione di modificare e ampliare l'impianto di depurazione dell'azienda, per mettere a norma il quale fu necessario un

---

e della struttura del dolo stesso». È insomma il noto paradigma della responsabilità per *rischio assunto*, che tende a divenire forma *unitaria* di responsabilità per i comportamenti economici; paradigma, questo, peraltro complementare a quello della piena *intercambiabilità* tra fare ed omettere a livello di struttura del tipo delittuoso. Ebbene, nel modello di imputazione soggettiva ritagliato dalla Corte di Cassazione per la figura dell'imprenditore *in crisi* di liquidità che omette di versare le imposte è riconoscibile proprio la sintesi di questi due paradigmi: una responsabilità non per l'azione, non per l'omissione, ma per la *decisione* di *gestire* in un determinato modo le proprie risorse economiche, senza accantonare il dovuto e così correndo il *rischio* di non potere adempiere l'obbligazione tributaria.

[514] Cfr. Cass. pen., Sez. II, 27 marzo 2018, n. 20725, in *Dir. pen. cont.*, 13 luglio 2018 (con nota di F. ORIANA).

[515] Trib. Milano, III sez. pen., 15 dicembre 2015 (dep. 18 febbraio 2016), n. 13701, Giud. Mannucci Pacini; ma si veda anche, con cadenze simili, Trib. Milano, sez.II, 17 luglio 2015, n. 8741.

ingente investimento non finanziato dalle banche; *v)* la necessità di regolarizzare la posizione della società con il fisco, a causa di ingenti illeciti fiscali commessi da precedenti amministratori, con conseguente pagamento di cospicue rate all'erario; *vi)* la scelta di continuare a pagare le retribuzioni di tutti i lavoratori impiegati nell'azienda, senza fare ricorso a misure assistenziali a carico dello Stato. Destinate le risorse a tali scopi, l'imputato non era stato in grado di adempiere puntualmente al versamento delle ritenute entro il termine di legge, iniziando però a provvedervi successivamente, versando con regolarità tutte le rate concordate con l'Agenzia delle entrate nel piano di ammortamento relativo all'anno d'imposta in contestazione.

Il giudice milanese, ritenenendo che circostanze del tipo di quelle suelencate non fossero sufficienti a escludere la sussistenza dell'*oggettività* del reato[516], ed evidenziata la presenza di un certo orientamento giurisprudenziale disposto a dare rilievo alla crisi di liquidità in termini di fattore escludente dell'elemento doloso, osservava come, in verità, gli apprezzamenti di questa giurisprudenza non fossero dimostrativi di una carenza di dolo quanto piuttosto di una *inesigibilità* soggettiva di condotte diverse rispetto a quella concretamente tenuta. E infatti, considerazioni dirette a rilevare come la condotta – sebbene né inconscia, né inconsapevole e neppure involontaria – sia stata in qualche misura "imposta" al soggetto, in virtù delle eccezionali circostanze contingenti che questi si trovò ad affrontare, non consentirebbero di escludere l'elemento doloso[517]; autorizzerebbero invece a fondare la carenza dell'elemento soggettivo a partire dalla tendenziale inesigibilità di ulteriori e diversi comportamenti (rispetto a quelli concretamente tenuti dall'imputato) per affrontare il periodo di difficoltà considerato[518].

Le valutazioni che precedono conducevano il giudice milanese a svelare l'esistenza – e la puntuale applicazione, ancorché dissimulata nella forma dell'assenza di dolo – nel "diritto vivente" di un principio generale di inesigibilità, in base alla quale «l'inflizione della sanzione penale ad una persona deve ritenersi preclusa ogniqualvolta le risultanze istruttorie nel processo facciano emergere elementi di fatto da cui il giudice desuma che l'agente si trovò ad operare in circostanze concrete tali da impedire di pretendere un

[516] Per il giudice milanese, solamente situazioni davvero eccezionali di mancanza assoluta di liquidità per ragioni imprevedibili e non imputabili all'imputato, non fronteggiabili con il ricorso a qualsivoglia misura, anche a scapito della prosecuzione dell'attività aziendale, consentirebbero di escludere l' «oggettiva esigibilità» di una condotta intimamente connessa all'esistenza di un obbligo giuridico di versamento progressivo delle somme alle scadenze previste dalla legge tributaria o, quantomeno, di un loro accantonamento finalizzato ad un versamento unico entro il termine previsto dalla legge penale («*ad impossibilia nemo tenetur*»). E tuttavia nel caso di specie nessuna delle predette situazioni risultava integrata, poiché: a) fu l'imputato stesso ad omettere il versamento delle ritenute alle scadenze periodiche fissate dalla disciplina tributaria, e non già diversi e precedenti amministratori; e b) l'accertata crisi di liquidità in cui versava la società non poteva dirsi assoluta, giacché l'imputato - pur disponendo della liquidità necessaria ad adempiere all'obbligo tributario – destinò le poche risorse societarie all'assolvimento delle altre contingenti esigenze (tra cui la regolarizzazione della posizione della società col fisco rispetto a precedenti anni d'imposta; la modifica dell'impianto di depurazione di acque reflue provenienti dal ciclo industriale; le retribuzioni dei dipendenti).

[517] Dolo che, in fattispecie come quelle di cui si tratta, ben potrebbe presentarsi nella forma solo eventuale e a prescindere da quello che era il fine, magari anche meritevole, perseguito dall'agente.

[518] Il giudice milanese richiama quella giurisprudenza di legittimità in cui, pur motivando sulla carenza dell'elemento doloso, si fa espresso riferimento al concetto di *inesigibilità* di una condotta alternativa (lecita): Cass. pen., sez. III, 6 febbraio 2014, n. 15176; Cass. pen., sez. III, 6 febbraio 2014, n. 9264.

comportamento diverso da quello effettivamente tenuto». Accettando che l'impossibilità di adempiere al precetto – dipenda essa da errore incolpevole, da fatto impeditivo o, come in questo caso, da assenza di mezzi – renda la punizione dell'inosservanza in concreto non compatibile con il principio di personalità della responsabilità penale e con la funzione rieducativa della pena, ci troveremmo davanti ad una categoria generale del diritto penale che rinvia direttamente all'art. 27 della Costituzione[519]. Il giudice rileva come, del resto, la stessa Corte di Cassazione – pur nel diverso contesto dell'omesso versamento della cauzione di cui all'art. 3-*bis* l. 575/65 entro il termine fissato dal Tribunale – già avesse chiarito che la rimproverabilità dell'omissione, e la relativa impossibilità di adempiere, debba essere sempre parametrata sulla situazione concreta, fungendo il canone dell'*esigibilità* da necessario «misuratore della legittimità dell'inflizione di una pena»[520]. Insomma, secondo la visione del giudice milanese sarebbe vigente nel nostro ordinamento una regola generale che impone al giudicante di accertare che la condotta dell'agente, oltre che sorretta da dolo (o colpa, a seconda dei casi), sia riprovevole, ossia meritevole di biasimo da parte dell'ordinamento, risultando altrimenti costituzionalmente illegittima – ce lo ha detto la Corte Costituzionale con la storica sentenza n. 364 del 1988 – la punizione di fatti che non risultino essere espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i valori della convivenza, espressi dalle norme penali.

> La solenne enunciazione del principio di *inesigibilità* è poi seguita da una serrata argomentazione in risposta ad un ipotetico interlocutore che gli obietti: a) la mancanza di un'espressa enunciazione a livello normativo di una regola di *inesigibilità*; b) la presenza, al contrario, di *scusanti tipizzate* che escluderebbero la portata generale della inesigibilità; c) il rischio in punto di *prevenzione generale* che il riconoscimento a livello giurisprudenziale di una simile regola potrebbe comportare. Si tratta delle obiezioni "classiche" al riconoscimento di un generale principio di *inesigibilità* che, nella visione del giudice milanese, ben possono essere superate, considerando che: a) un'espressa enunciazione legislativa del principio di *inesigibilità*, quale criterio di esclusione della colpevolezza, non sarebbe necessaria, giacché esso riposa su norme e principi costituzionali, come tali sovraordinati al diritto positivo di legge ordinaria e dunque tali da informare l'intero sistema penale; il che, *mutatis mutandis*, è esattamente quanto accade in riferimento, ad esempio, al principio di *offensività*, in diretta applicazione del quale il giudice è chiamato a ritenere penalmente irrilevanti condotte che, pur astrattamente sussumibili all'interno della fattispecie incriminatrice, vanno da quest'ultima espunte giacché concretamente inoffensive; b) la stessa Corte di Cassazione ha di recente affermato, laddove ha applicato al convivente *more uxorio* la scusante di cui all'art. 384, comma 1 c.p., che la presenza di scusanti tipizzate nell'ordinamento non è d'ostacolo all'accertamento dell'assenza di cause che rendano soggettivamente inesigibile la condotta dell'agente; inoltre, continuando il parallelo con il principio di offensività, il fatto che siano contemplate ipotesi in cui il legislatore dà esplicito risalto all'offesa al bene giuridico non è – non potrebbe mai essere – d'ostacolo acché il giudice

[519] Sarebbe «infatti regola generale direttamente discendente dalla Costituzione quella per cui le pene devono tendere alla rieducazione del condannato (art. 27, co. 3 Cost.) e conformarsi al principio di colpevolezza (art. 27, co. 1 Cost.), ragionevolezza (art. 3 Cost.) e dignità dell'uomo (art. 2 Cost.)».
[520] Cfr. Cass. pen., sez. I, 6 aprile 2011, n. 16513, in relazione al reato di cui alla L. n. 575 del 1965, art. 3-*bis*, relativamente al fatto commesso omettendo di versare, entro trenta giorni dall'inizio dell'esecuzione delle misura di prevenzione, la cauzione impostagli con decreto del Tribunale.

proceda ad accertarla nel caso concreto, anche laddove la scelta di omettere un'espressa indicazione in tal senso non sia sorretta da un'effettiva ragionevolezza; c) l'obbligo costituzionale di non punire il soggetto per fatti non soggettivamente rimproverabili non potrebbe mai cedere dinanzi ad istanze di prevenzione generale, giacché – ce lo ha ricordato la stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 322 del 2007 – punire in difetto di colpevolezza, al fine di dissuadere i consociati dal porre in essere le condotte vietate (prevenzione generale *negativa*) o di neutralizzare il reo (prevenzione speciale *negativa*), implicherebbe una strumentalizzazione dell'essere umano per contingenti obiettivi di politica criminale, contrastante con il principio personalistico affermato dall'art. 2 Cost.

Riconosciuto il rischio che un giudizio di esigibilità e rimproverabilità siffatto possa essere esposto a valutazioni arbitrarie, il giudice va poi sottolineando la necessità che siano identificati «elementi di fatto e circostanze concrete che siano, nella loro oggettività, tali da far apparire la condotta dell'imputato umanamente non rimproverabile agli occhi di qualunque osservatore medio, di qualunque persona, e anche del giudice stesso»[521]. E ravvisando elementi circostanziali di tale fatta nel caso oggetto di giudizio, la sentenza si chiude con un'assoluzione perché «il fatto non costituisce reato», in quanto commesso in assenza di colpevolezza e, segnatamente, nel difetto di *esigibilità* soggettiva di una condotta diversa da quella tenuta nel caso concreto.

Dopo essersi scontranta con l'indeformabilità di categorie (la causa di forza maggiore, lo stato di necessità) tendenzialmente atrofiche nel diritto penale economico e pensate per contesti applicativi affatto differenti, la giurisprudenza di merito non si è arrestata. La consapevolezza dell'a-normalità del contesto in cui agisce l'imprenditore pare abbia penetrato così a fondo la sensibilità del giudice penale da incoraggiarlo a proseguire la ricerca di una *locus* giuridico in grado di accogliere le istanze di giustizia sostanziale provenienti dalla società, rinvenendolo infine nella categoria della

[521] Il discorso del giudice milanese ricorda qui l'argomento che *George P. Fletcher,* nel suo famoso scritto sulla individualizzazione delle circostanze scusanti utilizzava per controbattere al «*positivistic argument against individualization*», in base al quale vi sarebbe «*something characteristacally "unlegal" about individualization decision-making*» (cfr. G. P. FLETCHER, *The individualisation of excusing conditions,* in *S. Cal. L. Rev.* (1973-1974), 1269). Il giurista americano poneva l'attenzione su come il processo di individualizzazione fosse comunque sempre condotto in riferimento a un preciso «standard of decision», dove questo *standard* era da individuarsi nell'aver agito *voluntarily* in presenza di determinate circostanze, ossia nel fatto che qualcuno potesse «*fairly and reasonably expect the actor to have resisted the pressure and to have absteined from violating the law*»; solo in caso di risposta positiva il soggetto avrebbe potuto ritenersi «*culpable for having succumbed to the pressure of the situation*». Ebbene, nella visione di *Fletcher,* questo è una *standard* palesemente *valutativo,* come sono necessariamente (*irreducibly*) valutativi tutti gli *standard* che consentono di condurre il giudizio in ordine alla responsabilità personale di un individuo. Ma non c'è dubbio che questo ragionamento avvenga «*whitin the law*», nel momento in cui è operato pubblicamente, in un processo, ed è soggetto ad un obbligo di argomentazione: «*Individualizing excuses complements rather than detracts from the rule of law*». Insomma, finché quelli che *Fletcher* indica come *criteria of compassion* saranno inclusi in un giudizio sulla colpevolezza dell'imputato, che si compie in the process of *charging, sentencing and pardoning,* niente sarà sottratto al dominio del diritto; lo sarà invece laddove questo esercizio di tolleranza sia compiuto in sedi sottratte al controllo dei consociati e quando in particolare dipenda *«on prosecutorial discretion and executive mercy».*

inesigibilità soggettiva, come *causa extralegale* di esclusione del rimprovero del soggetto agente.

Solo di recente la Corte di Cassazione è intervenuta a chiudere questa stada. Affrontando apertamente il tema della rimproverabilità del soggetto in termini di applicazione di un principio generalissimo di scusa che esigerebbe di dichiarare non rimproverabile (*sicut* non punibile) un comportamento che, sebbene tipico, antigiuridico e sorretto da dolo, sia stato tenuto in circostanze nelle quali ogni condotta diversa da quella tenuta dall'imputato sarebbe risultata inesigibile, la Corte ha negato che il principio di *esigibilità* abbia diritto di cittadinanza al di fuori delle cause di giustificazione e di esclusione della colpevolezza espressamente codificate, in quanto, si dice «le condizioni e i limiti di applicazione delle norme penali sono posti dalle norme stesse senza che sia consentito al giudice di ricercare cause ultralegali di esclusione della punibilità attraverso l'analogia *juris*»[522].

3. Un *excursus* sulla categoria della inesigibilità. Apertura (e chiusura) di "valvole di sfogo" nel sistema?

Questa giurisprudenza riapre il dibattito sulla rilevanza delle c.d. *circostanze concomitanti al reato*; dibattito antico e di grande fascino, ma destinato a rimanere di "passaggio", perché legato a contesti socio-economici particolari, e segnatamente di *crisi,* com'è l'attuale e com'era quello della Germania *weimariana* in cui per la prima volta fu affrontato in chiave dogmatica. È infatti in questo dibattito che il tema delle difficoltà economiche, come causa *lato sensu* scriminante – il termine è qui volutamente

[522] Cfr. Cass. pen., sez. III, 23 gennaio 2018, n. 38593: «Quanto alla eccepita inesigibilità di una condotta diversa, il Collegio deve ribadire il principio secondo il quale il principio della non esigibilità di una condotta diversa – sia che lo si voglia ricollegare alla "ratio" della colpevolezza riferendolo ai casi in cui l'agente operi in condizioni soggettive tali da non potersi da lui "umanamente" pretendere un comportamento diverso, sia che lo si voglia ricollegare alla "ratio" dell'antigiuridicità riferendolo a situazioni in cui non sembri coerente ravvisare un dovere giuridico dell'agente dì uniformare la condotta al precetto penale – non può trovare collocazione e spazio al di fuori delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente codificate, in quanto le condizioni e i limiti di applicazione delle norme penali sono posti dalle norme stesse senza che sia consentito al giudice di ricercare cause ultralegali di esclusione della punibilità attraverso l'analogia juris». E prosegue: «Nel caso di specie, l'invocata esimente della inesigibilità soggettiva della condotta doverosa nei confronti del contribuente IVA non viene ricondotta dalla difesa del ricorrente ad alcuna delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza espressamente codificate, non essendo pertanto consentito al giudice (né, tantomeno, all'imputato) di ricercare o creare cause ultralegali di esclusione della punibilità attraverso l'analogia juris", come implicitamente invocato nel caso di specie dalla difesa. Né, del resto, è possibile ricorrere alla categoria delle cosiddette cause di giustificazione non codificate (o scriminanti tacite, o non scritte o extralegislative) in subiecta materia, in quanto tale categoria non trova sicuramente applicazione alle fattispecie penali tributarie, ponendosi il problema dell'applicabilità delle cause di giustificazione e delle cause di esclusione della colpevolezza non espressamente codificate solo per quelle attività che, pur manifestandosi in fatti penalmente tipici, sono considerate lecite in ragione della loro utilità sociale anche se non sia dato rintracciare una precisa norma di giustificazione, dovendosi in ogni caso rilevare un'indeterminatezza concettuale di fondo, caratteristica della antigiuridicità sostanziale e delle c.d. scriminanti tacite (così, più recentemente, Sez. 3, n. 6220 del 23/01/2018, Ventura, n.m. sul punto)».

utilizzato in senso generico, a indicare un motivo di esclusione dell'applicazione della pena – di un comportamento deliberato contro la legge deve essere inquadrato.

Lo spazio concesso alla categoria dell'*inesigibilità soggettiva* è oggi ristretto (principalmente) alle scusanti tipizzate dalla legge, di cui costituisce *ratio* fondante[523], salvo poi attraversare, come una specie di *topos,* tutta la sistematica del reato (con un ruolo di particolare rilievo nell'ambito dei reati colposi e dei reati omissivi, dove l'osservanza del precetto penale presuppone il possesso di determinati requisiti psico-fisici da parte del soggetto titolare dell'obbligo di condotta)[524]. Ma, come dimostra la giurisprudenza che abbiamo analizzato, la categoria esibisce una certa tendenza a trascendere i confini legali assegnatele. Tendenza, questa, che ci riporta alle sue origini, quando la dottrina tedesca di epoca *weimariana* (e fino all'avvento del nazionalsocialismo) prospettò – su sollecitazione di uno scritto di *Reinhart Frank* del l907[525] – l'inesigibilità quale causa di esclusione della colpevolezza a carattere

[523] Nella manualistica, si vedano ad es. G. MARINUCCI–E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffré, Milano, 2015, 374 ss; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Vicenza, 2017, 359 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., 342 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale,* cit., 241; G. FIANDACA–E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale,* VI ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2010, 410 ss. V., inoltre, nella letteratura sul tema B. SANTAMARIA, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti,* Jovene, Napoli, 1961, 274 ss..

[524] Cfr. G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale,* Padova, 1990, *passim.* L'A., svolgendo una tesi formulata da *Henkel* nel 1953, recupera in questa opera il principio di inesigibilità quale criterio di limitazione della responsabilità penale immanente non solo alla colpevolezza, ma anche alle categorie del *fatto* e della *antigiuridicità.*

[525] Come ricaviamo dall'opera di G. FORNASARI appena sopra citata, a dire il vero, *Frank* non si occupò specificamente del problema della inesigibilità – o, quanto meno, non adoperò mai questo termine – ma è indubbio che furono gli spunti del suo lavoro a dare vita al dibattito. Egli, infatti, nel momento in cui pose l'elemento della rimproverabilità al centro del concetto di colpevolezza – così promuovendo una presa di coscienza che era già presente nella dottrina tedesca nel passaggio fra i due secoli – per dargli un contenuto, parlò dapprima della rilevanza delle circostanze concomitanti e poi dell'*anormalità motivazionale* del reo, così sollevando il problema del grado di esigibilità del comportamento che si sarebbe dovuto tenere per adempiere l'obbligo imposto dalla norma. La prima versione di *Frank* sulla questione del contenuto del rimprovero integrante la colpevolezza è quella della *normalità* delle circostanze nelle quali l'autore del fatto agisce; qui egli si richiamava ad una famosa decisione del *Reichsgericht* del 1897, dove per la prima volta fu ammessa la rilevanza dell'inesigibilità del comportamento conforme alla norma come presupposto della colpa, e perciò normalmente ritenuta la pronuncia-guida sul principio di inesigibilità come causa *extralegale* di esclusione della colpevolezza. Senza poterci qui soffermare sugli sviluppi – in qualche modo antesignani delle cosiddette concezioni *decisionistiche* dell'inesigibilità, che cioè la ritengono un mero criterio di giudizio – volti a precisare ulteriormente il rapporto tra circostanze concomitanti ed inesigibilità, è opportuno sottolineare come *Frank*, pur non negando l'esistenza in assoluto di criteri di riferimento, non arrivò mai a prevedere criteri applicabili ai singoli casi concreti: doveva essere il giudice a trovare di volta in volta la regola, affidandosi a parametri non costringibili in una regola generale. Proprio questa fu la principale debolezza attribuitagli dai vari indirizzi volti a identificare nell'inesigibilità una scusante *generale extralegale*: ancora prima dei limiti di ordine dogmatico veniva l'assoluta evanescenza dei criteri di concretizzazione indicati per aiutare l'interprete a discernere le condotte esigibili da quelle inesigibili. L'imbarazzo delle Corti tedesche nell'applicazione del criterio faceva del resto già intravedere quelli che sarebbero poi rimasti gli unici settori in cui l'inesigibilità – abbandonata la concezione, rivelatasi fallimentare, che avrebbe voluto elevarla a scusante generale extralegale – avrebbe mantenuto una certa vitalità: l'omissione e la colpa. Il tramonto del concetto originario di *inesigibilità* fu comunque segnato dagli anni trenta e dall'avvento del *nazionalsocialismo* poiché, come è evidente – nonostante qualcuno vi avesse visto la condizione storica ideale per il rafforzamento della categoria –, nel diritto penale della fedeltà e degli obblighi incondizionati non poteva esservi alcuno spazio per i motivi particolari che possono

preterlegale. Tramontata negli anni '30 con l'avvento del nazionalsocialismo (nel diritto penale della fedeltà e degli obblighi incondizionati non poteva esservi spazio per i motivi particolari che possono indurre un soggetto a non rispettare un dovere), l'idea dell'inesigibilità come "causa generale di discolpa", conobbe in Germania un altro momento di vitalità nel secondo dopoguerra, con il risorgere di posizioni in qualche misura legate al giusnaturalismo. Analogo fenomeno, sebbene in termini più contenuti, si registrò nel nostro Paese. L'occasione di questa ripresa d'interesse fu offerta dai processi per i reati di collaborazionismo "civile", e in particolare il caso di un impiegato pubblico che, nel territorio occupato dal nemico, aveva compiuto un atto d'ufficio favorevole ai disegni politici dell'occupante; atto a cui, a sua detta, non avrebbe potuto sottrarsi senza pericolo di danno alla sua persona.

Prima che atti di questo tipo fossero coperti da un'amnistia, la Corte di Cassazione aveva già provveduto a dichiararne la non punibilità, sulla base di una sorta di estensione analogica della scriminante dell'adempimento di un dovere. La dottrina, nella persona di *Giuseppe Bettiol*[526], riconoscendo la necessità di una forma di indulgenza nel valutare condotte pur sempre determinate da una situazione "anomala", segnalò l'erroneità dell'impostazione della giurisprudenza, rilevando che in casi simili – non potendosi ravvisare il fondamento di una causa di giustificazione (in condotte comunque tenute in spregio dei beni della vita, dell'onore e della libertà dei cittadini), né potendo escludere la colpevolezza su un piano puramente psicologico (sussistendo in pieno tanto la *suitas* della condotta quanto i presupposti psicologici del dolo) – l'unica leva per arrivare a una pronuncia di assoluzione fosse quella offerta dall'*esigibilità,* intesa come possibilità di attendersi dall'agente un comportamento diverso da quello effettivamente tenuto, e dunque come analisi della sua capacità di motivarsi normalmente nelle circostanze concrete.

Poiché il diritto non può chiedere atti di eroismo, alla domanda se fosse umanamente esigibile in quelle circostanze la condotta alternativa lecita, la coscienza umana avrebbe dovuto rispondere negativamente. Per *Bettiol*, la norma imperativa rimarrà sempre non incondizionata, dovendo perdere efficacia quando non sarà possibile esigere da un soggetto un comportamento diverso da quello tenuto: l'inesigibilità costituirà dunque la *ratio* delle cause (tipizzate) di esclusione della colpevolezza, potendo tuttavia valere analogicamente anche in casi non previsti dalla legge, «quale valvola che permette ad un sistema di respirare in termini umani»[527].

---

indurre un soggetto a non rispettare un dovere. Il principio di inesigibilità prenderà quindi altre strade, secondo quella che potremmo definire di vera e propria diaspora giuridica: nel senso che, da categoria unitaria e generale, esso diverrà un *topos,* i cui effetti saranno osservati nei diversi ambiti che formano la struttura del reato: nell'ambito della *tipicità* (con particolare riguardo alle fattispecie omissive), nell'ambito dell'*antigiuridicità* (per ciò che concerne la categoria dei c.d. reati commissivi mediante omissione e comunque sempre in connessione con lo stato di necessità) e nell'ambito della *colpevolezza* (come elemento della struttura soggettiva del reato colposo e, soprattutto, come fondamento delle scusanti tipizzate).

[526] G. BETTIOL, *Non esigibilità e collaborazionismo,* in *Giur. it.,* 1946, II, 121 ss. Nello stesso senso anche L. SCARANO, *La non esigibilità nel diritto penale,* Jovene, Napoli, 1948.

[527] Così G. BETTIOL, *Diritto penale,* Cedam, Padova, 1986, 489 ss. e in part. 493, nota 401.

Le obiezioni che hanno condotto ad accantonare la prospettiva della inesigibilità come scusante *extralegale*, sono numerose e tutte meritevoli di massima considerazione[528]. Tra queste, ci dice *Tullio Padovani*, il fatto di arrivare a subordinare la *norma penale* a quella *etico-sociale*, «che finirebbe per avere l'"ultima parola" in punto di responsabilità: con conseguenze disastrose sul piano della certezza del diritto (data l'elasticità e la relatività della norma etico-sociale) e della prevenzione generale (dato che ciascuno si sentirebbe autorizzato ad uniformare la propria valutazione sull'*ethos* del gruppo, anziché sul precetto giuridico)»[529].

Ci fermiamo qui. Uno studio sulla categoria dell'inesigibilità e sulla sua applicabilità ai reati in materia di omesso versamento ci condurrebbe a prendere in carico problemi che esulano dagli obiettivi di questo lavoro e ad avventurarci in riflessioni che, prima di riuscire a mostrarci soluzioni definitive, ci avrebbero distolto dal nostro interrogativo principale: che ruolo ha il contesto di crisi economica rispetto a questo andamento della giurisprudenza in materia di omesso versamento? Perché una parte di giurisprudenza (in particolare, quella di merito) è arrivata fino alla (quasi dimenticata) categoria della scusante *extralegale* dell'esigibilità, pur di rintracciare una soluzione idonea a escludere la punibilità dell'imprenditore omittente, mentre l'altra parte (quella di legittimità) è sempre rimasta su posizioni di inamovibile rigore?

4. Norma penale, a-normalità del contesto e bisogno di pena

Le parole di *Tullio Padovani* sollevano un ulteriore interrogativo, dal quale partiamo per sciogliere gli altri. A chi spetta l'«"ultima parola" in punto di responsabilità» nel contesto di crisi economica, ossia in un contesto che non è quello per il quale sono pensati determinati divieti penali? È ovvio che l'ultima parola non dovrebbe spettare né al giudice, né all'imputato, né all'etica pubblica (come filtrata dalla sensibilità del singolo giudice), ma sempre e solo al legislatore, che indica cosa si punisce e fino a che punto si deve punire.

Abbiamo sin qui osservato, più che un dialogo, sincronico e verticale, una *querelle* tra le Corti, un tira e molla tra posizioni rigoriste della Corte di legittimità – per vero non accompagnate da un altrettanto rigoroso approfondimento dogmatico (nessuna delle pronunce di legittimità sembra correggere la disinvoltura dogmatica dei ricorrenti: le argomentazioni si ripetono con identica espressione testuale, senza mai offrire solide ricostruzione sistematiche) – e percorsi di merito invece improntati a una maggiore flessibilità, quasi mai convalidati dalla giurisdizione superiore.

Tirando le somme di questa osservazione, a noi pare che il *movimento* di "apertura" e "chiusura" del sistema ad opera dei giudici riproduca alcuni dilemmi di fondo. Punire o

[528] Per una sintesi delle principali obiezioni al criterio della *inesigibilità* quale causa di esclusione generale della colpevolezza, v. per tutti G. FIANDACA–E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale,* cit., 410 ss. Lo stesso Giuseppe Bettiol mostrò infine di accogliere la critica secondo cui una simile impostazione finisce per condurre ad un'indagine sulla qualità di «persona censurabile» del soggetto agente, in totale dissonanza rispetto all'idea garantistica di un diritto penale del fatto.

[529] Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale,* cit., 187.

non punire quando il soggetto, anche se appare comunque *colpevole* (e ciò solo per il fatto che residua sempre in capo al soggetto una *possibilità di agire diversamente*, essendo questo un presupposto di per sé *non* dimostrabile[530]), non è sensibile alla pena, ossia non ha *bisogno* di essere risocializzato, essendo il suo comportamento dipeso da una situazione eccezionale (una crisi di liquidità *individuale* che è non è derivata dalla sua *mala gestio* ma da fattori non dominabili)? E ancora, punire o non punire laddove l'eccezionalità delle circostanze che sul piano special-preventivo potrebbero fondare la scelta di non punire, sono le medesime per tutti i consociati, con il rischio di privare la norma penale di qualsiasi validità sociale, con effetti infausti sul piano general-preventivo?

A noi pare che il senso dello scontro tra le Corti non possa essere compreso se non alla luce del rapporto che intercorre tra la norma e l'anormalità del contesto (generale) della sua applicazione. Non vorremmo ricorrere a concetti vaghi come quelli di *intollerabilità sociale* della norma penale o simili, ma l'esperienza che osserviamo non può davvero essere commentata senza considerare l'assenza di coordinamento tra la disciplina penalistica in materia di omesso versamento (come abbiamo visto, un reato di puro obbligo, con soglie rigide o comunque di poco *superabili* in caso di applicazione della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* c.p. introdotta nel 2015 [531]) e le condizioni del sostrato economico-sociale su cui la norma penale pretendeva di incidere.

Se il contesto applicativo di una norma penale a carattere economico, il cui rispetto dipende essenzialmente dalla possibilità di reperire risorse sufficienti al pagamento, non sono condizioni di regolare svolgimento delle attività economiche, bensì una crisi sistemica che interessa tutti i consociati, il legislatore dovrebbe almeno verificare se non sia il caso di *adattare* il precetto penale a queste nuove condizioni, se non altro fino al ristabilimento della normalità, in considerazione dell'emersione di *inderogabili* esigenze dello Stato (quali, ad esempio, il mantenimento dei posti dei lavoro e la garanzia della continuità delle sue attività produttive) *non meno* importanti di altre (la tutela degli interessi finanziari pubblici), e forse *più urgenti* nella prospettiva del rispetto di quel dovere solidaristico (art. 2 Cost.) che fonda ad un tempo la pretesa punitiva (in questo caso specificato anche nell'art. 53, co. 2, Cost.) e le ragioni di una sua ritrazione. Anche a non voler abolire l'incriminazione – dovendo comunque tenere in debita considerazione gli obblighi d'incriminazione europei – una possibilità sarebbe stata, ad esempio, quella di introdurre il requisito del *dolo specifico* di *evasione* o *di lucro*[532].

In assenza di una disciplina per il tempo di crisi, notiamo il tentativo della giurisprudenza di legittimità di offrire conferma normativa a prescrizioni penali

[530] T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, cit., 799.

[531] La disciplina della particolare tenuità del fatto, in giurisprudenza ritenuta pacificamente applicabile ai reati caratterizzati da soglie di rilevanza penale come l'omesso versamento Iva (cfr. ad esempio Cass. pen., Sez. Un., 25 febbraio 2016, n. 13681 e 13682), è stata introdotta soltanto nel 2015 (con il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28).

[532] Così G. AMARELLI, *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte,* cit., 1156 ss.

incapaci di orientare i consociati in ragione della presenza di un contesto soverchiante e/o dell'emersione di bisogni immediati, dotati di particolare valore morale o sociale.

Questo atteggiamento trova, volendo, una spiegazione proprio alla luce *contesto di crisi*.

E infatti il *contesto* – la crisi economica *generalizzata* – che nel caso singolo esclude il bisogno di pena (detto altrimenti, siamo di fronte ad un «reato incapace di continuare ad incarnare le ragioni immanenti al teleologismo della sanzione penale»[533]), non sembra avere quei caratteri di rarità e particolarità – *Claus Roxin* nella sua teoria della *responsabilità* (*Verantwortlichkeit*) parla di *irripetibilità*[534] – che consentono di isolare l'evento di non punibilità del singolo dalla possibile risposta comportamentale della generalità dei consociati, tendendo dunque anche ad eliminare la residua capacità orientativa della norma, secondo il noto meccanismo del "circolo vizioso". Sarebbe illusorio pensare che l'effetto di una sentenza assolutoria – nel contesto di una crisi economica che tende ad accomunare le condizioni di tutti gli operatori economici – possa rimanere circoscritto al singolo imputato; essa, al contrario, rischia di indurre altri consociati a confidare, per un inevitabile effetto di immedesimazione, nella propria futura impunità.

4.1. *Ethos del giudicante e contesto di crisi*

L'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità solleva però serie riserve sul piano del personalismo penale; riserve acutamente presentate dal giudice milanese all'interno del suo argomento "kantiano" a favore dello sdogamanento della categoria dell'inesigibilità, denunciando il rigore di una giurisprudenza che, nel perseguire un particolare *telos* politico-criminale (in particolare, la tutela degli interessi finanziari dello Stato), arrivasse a strumentalizzare il singolo individuo.

D'altra parte, anche all'indirizzo dei giudici di merito, più aperto alle istanze provenienti dalla società, non sembrano estranee finalità politico-criminali, intravedendosi lo scopo di lasciare respirare il sistema in termini più umani, di allentare la tutela di alcuni beni (la ragion fiscale) per dare spazio ad altri (la libertà personale, la libertà d'iniziativa economica, il lavoro etc.); certo in contrasto con le indicazioni del legislatore, ma in una prospettiva in cui l'imputato era il *fine* e non il *mezzo*.

I dubbi che può sollevare questo atteggiamento dal punto di vista personalistico sono altri e si rintracciano piuttosto nel principio di uguaglianza. Il contesto di *crisi* sembra permeare a fondo *l'ethos* del giudicante, dando così luogo ad un doppio *standard* di giudizio: uno, più aperto, per il *contesto di crisi* ed uno diverso, più rigoroso, per il tempo *normale*. Anche nel tempo *normale*, a ben vedere, possono darsi circostanze per cui l'imprenditore omittente si trovi ad attraversare una crisi di liquidità e a non rispettare, anch'egli da *compulsato*, la promessa di adempimento effettuata con la dichiarazione. E tuttavia è nel tempo di crisi che le soluzioni più ardite hanno preso

[533] G. DE FRANCESCO, *Punibilità*, cit., 59.
[534] C. ROXIN, *op. ult. cit.,* 70.

piede, certo sì per limitare una pena di cui il singolo non sembrava bisognoso, ma anche per dare sfogo ad istanze collettive, fatte proprie dal giudicante, di *disaffezione* alla pena in questo particolare ambito; dunque a formare non solo un giudizio sul bisogno di pena del singolo ma sulla meritevolezza di pena di una classe di comportamenti. Risultato ne è che il *compulsato* dalla crisi sembra in definitiva assumere uno *status* diverso dal deviante economico del "tempo normale", il quale, per gli stessi motivi, ma in un contesto ordinario, violi il precetto penale.

In conclusione, con l'intervento della giurisdizione superiore, queste istanze provenienti dalla società sono state comunque relegate al momento della commisurazione della pena, trovando in particolare sistemazione nei *motivi a delinquere*.

> A ben vedere, anche il giudizio di *graduazione* della pena ai sensi dell'art. 133 c.p. impone all'interprete delle forzature. La crisi come fattore "motivante" sembrerebbe infatti annullare la possibilità di una valutazione in termini "qualitativi" dei *motivi* a delinquere: e ciò in quanto il fatto di non adempiere al precetto penale per mancanza di liquidità – e a meno che non vengano in rilievo *motivi* di particolare valore morale o sociale, come ad esempio il salvataggio di posti di lavoro – in sé non è suscettibile di essere valutato in termini *positivi* o *negativi,* residuando la sola possibilità di una valutazione sotto il profilo dell'*intensità* dei motivi che hanno plagiato il processo motivazionale dell'agente[535].
>
> Questo dato in buona parte sgancia il giudizio sui *motivi* a delinquere dalla prospettiva etico-retributiva, nella quale si è soliti collocarlo, per proiettarlo nella dimensione special-preventiva. Ci si dovrà allora interrogare sulle conseguenze di un giudizio che conduca a constatare che la motivazione economica, ossia la mancanza di liquidità, sia stata l'*unica* e *soverchiante* ragione per cui il soggetto non si è determinato secondo diritto: in questa ipotesi non solo sarà nulla l'attitudine al fatto commesso, non essendo il reato minimamente dipeso da una libera scelta del soggetto ma soltanto da fattori sociali sottratti al suo dominio etico-morale, ma nulla sarà anche l'attitudine del soggetto a commettere nuovi reati, almeno una volta che sia superata la situazione di crisi. Assumono dunque un rilievo centrale le finalità *special-preventive* della pena: se infatti è vero che la colpevolezza esprime la legittimazione sostanziale al contenuto afflittivo della pena, e non ne fornisce le finalità, quando «una sofferenza corrispondente alla misura della colpevolezza non corrisponda alla pena teleologicamente necessaria, non debba nemmeno essere inflitta, perché, se così fosse, essa si trasformerebbe automaticamente nello scopo per cui è applicata»[536].

Solo nel 2015 il legislatore, con il d.lgs. 158/2015, ha deciso di aprire una «valvola di sfogo nel sistema». Da un lato ha innalzato le soglie dei reati di omesso versamento (fino al valore di 250.000 per l'Iva e fino a 150.000 per le ritenute dovute o certificate); innalzamento cui è seguito un fiume di revoche di sentenze definitive di condanna[537] e

---

[535] Sui motivi a delinquere si veda quella dottrina che, nel tentativo di affrontare il problema della giustificazione di un aggravamento della pena determinato da un mero atteggiamento interiore dell'agente nel quadro di un diritto penale del *fatto*, ha spiegato come l'idea della colpevolezza per il fatto tenga conto anche del rapporto tra la condotta e l'autore, e quindi di un disvalore complessivo che incorpori nell'oggetto di valutazione della rimproverabilità le componenti *motivazionali* che afferiscono alla sfera *personologica* del reo: P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza,* Giappichelli, Torino, 2000, 263 ss.

[536] T. PADOVANI, *Teoria della colpevolezza*, cit., 835.

[537] Cass. pen., sez. III, 28 novembre 2017, n. 10810, in *Guida al dir.*, 2018, 15, 87 ss.

di sentenze di assoluzione (per fatti non ancora arrivati a sentenza definitiva) «perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato»; dall'altro, motivando sulla base della sussidiarierà dell'intervento penale, ha previsto una causa di non punibilità in caso di pagamento del debito tributario prima dell'apertura del dibattimento di primo grado (art. 13 d.lgs. n. 74/2000), prevedendo la concessione di termine ulteriore di tre mesi, prorogabile una sola volta, allorché il debito sia in fase di estinzione mediante rateizzazione [538].

[538] Questa previsione è stata peraltro sottoposta all'attenzione della Corte Costituzionale da parte di due giudici di merito, perché ritenuta contrastante con i principi di cui all'art. 3 e 24 della Costituzione nella parte in cui non consente di concedere un termine più lungo coincidente con lo scadere del piano di rateizzazione. Cfr. Tribunale di Treviso, ord. 15 maggio 2017 e Tribunale di Asti, 31 maggio 2017, in *Giurisprudenza penale,* 28 novembre 2018. L'udienza della Corte Costituzionale è fissata per il 6 febbraio 2019.

SEZIONE III – TERZA CLASSE DI ESPERIENZE: LA RISPOSTA AI COMPORTAMENTI CRIMINALI *INCENTIVATI* DELLA CRISI ECONOMICA

0. Premessa. Le categorie di criminalità "del profitto" nell'ottica macro-economica e macro-offensiva veicolata dalla crisi

In *questa Sezione* tenteremo di chiarire come il contesto di crisi economica abbia inciso sulle linee di politica criminale dirette al contrasto della criminalità economica, in particolare andando ad analizzare come, nella *crisi*, tendano ad essere equiparati, in base ad una prospettiva *macro-economica* ed anche *macro-offensiva*, categorie di fenomeni criminali tra loro profondamente diversi sul piano *micro*. L'equiparazione si verifica in particolar modo sul terreno delle misure (sanzionatorie) patrimoniali e dei reati in materia di accumulazione illecita e si porta dietro anche l'indebolimento della storica distinzione tra criminalità economica *comune* e criminalità *di tipo mafioso*.

Come vedremo, la distinzione mostra tuttavia una qualche tenuta nell'ambito degli enti collettivi, dove particolari esigenze *macroeconomiche* del tempo di crisi tendono a limitare l'*iper*-espansione degli strumenti patrimoniali di contrasto alla criminalità del profitto.

Per condurre questa analisi pare opportuno offrire una schematizzazione, sebbene solo per grandi linee, dei comportamenti economici illeciti che nella congiuntura di crisi economica incontrano una condizione "ideale" di sviluppo.

Ad una prima categoria riportiamo quei comportamenti delittuosi che, inserendosi all'interno di un'attività economica a base *lecita*, dal contesto di crisi ricevono un incentivo diremmo *motivazionale*; senza che il contesto di crisi eserciti una forza tale da *compulsare* qualcuno nella direzione dell'illecito, offrendo al limite l'occasione di una *tentazione* (resistibile), le condotte illecite di cui parliamo sono orientate dal perseguimento di *finalità di profitto*[539]. È noto, ad esempio, che nell'ambito dell'esercizio di attività d'impresa, la scarsità delle risorse a disposizione e l'emersione di difficoltà nel reperire finanziamenti mediante le linee del credito legali possono incentivare comportamenti illeciti di vario genere (camuffamento del bilancio societario, evasione fiscale mediante modalità fraudolente, ricorso a schemi corruttivi), conducendo poi, di conseguenza, a ricercare metodi e canali di occultamento dei capitali illecitamente accumulati, finalizzati al loro reimpiego (in attività legali, ed in particolare nella stessa attività d'impresa).

[539] Cogliamo peraltro immediatamente la differenza che separa questi comportamenti *incentivati* dalla crisi da quelli che, invece, dalla crisi sono *compulsati*: la possibilità di scelta che residua in capo a questi soggetti, e lo scopo di lucro perseguito, non sembrano diminuire il bisogno di pena nel caso singolo.

Alla seconda categoria ascriviamo quei comportamenti che, inserendosi in attività economiche a base prevalentemente *illegale*, sfruttano il contesto di crisi al fine di guadagnare profitti, ma anche posizioni di potere ed influenza[540], approfittando della precarietà economica altrui. La fenomenologia di cui parliamo per larga parte coincide con quella propria delle organizzazioni criminali, in particolare di tipo mafioso. Nel *target* degli "approfittatori" che, come dicevamo, spesso operano in contesti organizzati, rientrano più facilmente soggetti in (più o meno grave) stato di bisogno, o comunque soggetti in condizioni di incertezza economica: persone in cerca di fonti di sostentamento (vedi il caso del *caporalato*, fenomeno del resto oggetto di attenzione da parte del legislatore della crisi[541]), di fonti di credito (da cui trae linfa il fenomeno dell'usura) o di altri "servizi" a buon mercato (pensiamo qui in particolare al servizio di smaltimento di rifiuti, attività principe delle c.d. *ecomafie*). È molto probabile che la "fornitura" di questi servizi possa nascondere l'obiettivo di assicurarsi poi un controllo sulle imprese richiedenti, per sfruttarne le strutture a fini illeciti (l'impresa potrà ad esempio servire a lavare denaro proveniente da attività illecite "primarie", quali traffico di stupefacenti, contrabbando, prostituzione e via dicendo, ma potrà rappresentare anche un canale di infiltrazione negli ambienti della politica). Certo è possibile, e lo è in particolare nel contesto di crisi, che siano gli imprenditori in cerca di occasioni di guadagno a rivolgersi alle organizzazioni criminali[542]; e tuttavia, difficilmente potrà parlarsi di un incontro "a metà strada", se non quando comportamenti di mera acquiescenza si convertano in forme di collaborazione attiva, fino ad una condivisione di metodi criminali[543]. In questa "zona grigia", dove criminalità "bianca" e "nera" si ricombinano, per il momento non ci addentriamo.

Ci interessa qui, banalmente, constatare come le due categorie di fenomeni criminali appartengano a due mondi comunque diversi e come, da un punto di vista *micro-economico*[544] e soprattutto *micro-criminale*, essi esprimano livelli di *meritevolezza* e *bisogno* di pena distinti, in particolare quando all'approfittamento in senso stretto si aggiungano meccanismi di coercizione, ottenuta mediante metodi violenti o avvalendosi

---

[540] Si vedano in questo senso le osservazioni svolte nella Relazione annuale della Direzione Nazionale Antimafia, pubblicata nel gennaio 2014 (disponibile sul sito http://www.gruppoantimafiapiolatorre.it), che individua nella debolezza del sistema economico-finanziario inedite opportunità alla penetrazione delle consorterie criminali nel tessuto economico nazionale e internazionale (in part. 24).

[541] Per un'analisi v. A. DI MARTINO, *Caporalato e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 2015, 2, 106 ss.

[542] Cfr. C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2014, 711.

[543] Cfr. L. SIRACUSA, *L'imprenditore estorto "acquiescente" tra coazione morale e libertà del volere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2016, 1803 ss.

[544] Le ricerche empirico-sociologiche sul tema hanno messo in evidenza come, a differenza di quello che è oramai un messaggio serpeggiante a livello massmediologico, i mafiosi non si presentano nella veste del moderno *manager*, ma continuino ad operare in settori tradizionali ed a basso contenuto tecnologico, quali l'edilizia, il movimento a terra, i trasporti su gomma, il commercio, la grande distribuzione. Quando invece si interessano ad attività di più recente sviluppo (qual è lo smaltimento dei rifiuti) tendono per lo più a circoscrivere il loro interesse ad attività collaterali, oppure a praticarle con metodi non tecnologicamente avanzati (più che di smaltimento dei rifiuti, si tratta di allontanamento dal luogo di produzione e occultamento).

del potere d'intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento che da esso deriva.

Il legislatore del tempo di crisi, tanto europeo che nazionale – il secondo invero confermando una tendenza che ha radici ben più addietro nel tempo – non sembra però interessato a queste distinzioni, e non esita ad accomunare le due fenomenologie in quell'area che va sotto il nome di *criminalità del profitto*[545] per adoperare il proprio potere di *confisca*, sulla base della considerazione che la ricchezza illecita, qualunque sia la sua origine e la sua destinazione, inquina il mercato, danneggia la concorrenza, allontana gli investitori; effetti, questi, che appaiono tanto più indesiderabili quanto più gravi sono le condizioni economiche generali, mentre cresce l'urgenza per gli Stati di approvvigionare le proprie casse, in funzione di sostegno e rilancio dell'economia e di miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini.

> L'ottica in cui condurremo l'analisi contenuta in *questa Sezione* è quella appena descritta. Precisiamo che non ci occuperemo invece dei pur importanti interventi di riforma della parte sostanziale del diritto penale economico, ai quali la congiuntura di crisi sembra avere nondimeno dato impulso[546]. Ci riferiamo in particolar modo alle riforme che nel nostro ordinamento hanno interessato il diritto penale societario e i delitti contro la P.A. Queste riforme vanno ad incidere su *fenomenologie* sensibili al contesto di crisi[547], mediante la ristrutturazione delle fattispecie incriminatrici di base e mediante una rivisitazione dei trattamenti sanzionatori; tutte modifiche (generalmente) dirette a rendere più penetrante, effettiva e severa la tutela penale[548]. Prendiamo la riforma in materia di false comunicazioni sociali. Similmente a quanto accadde nel 1929, dove la crisi economica mondiale dette lo

[545] Cfr. sul punto F. MENDITTO, *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla "criminalità da profitto"* (*mafie, corruzione, evasione fiscale*), in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2015, dove vengono fornite alcune stime della dimensione dell'economia criminale in Italia. Cfr. inoltre, sui costi della corruzione d.d.l del Senato n. 19, *Comunicato alla presidenza il 15 marzo 2013* (reperibile su www.senato.it).

[546] V. ad es. d.d.l. del Senato n. 19, cit., 7, «La dimensione della criminalità economica, sempre più in espansione in tempi di globalizzazione e di crisi mondiali, comporta l'acquisizione di posizioni di potere e di enormi ricchezze, che inquinano, condizionano e strozzano l'economia sana, pertanto appare improcrastinabile la necessità di adeguare prontamente gli strumenti normativi contro il crimine organizzato e comune».

[547] A dimostrazione di quanto appena affermato, possiamo richiamare la crescente rigidità dei parametri imposti dal sistema bancario per la concessione del credito in tempi di crisi, e la tendenza ad attribuire maggior valore all'informazione contenuta nel bilancio; a ciò si deve aggiungere che un bilancio in ordine è condizione essenziale per essere inseriti nell'elenco-fornitori di taluni clienti o per avere accesso ad alcune gare pubbliche. Non sorprende, perciò, che chi redige il bilancio possa essere "tentato" di adattare i dati in esso riportati per rendere il documento più gradito ai diversi *stakeholders*. Non solo, il falso in bilancio tende ad accompagnare, per assodata acquisizione criminologica, i reati di corruzione, trattandosi della tecnica mediante cui è possibile realizzare lo strumento di *provvista* alla base delle transazioni illecite (M. IACOVIELLO, *La responsabilità degli amministratori nella formazione dei fondi occulti*, in *Cass. pen.*, 1995, 3561 ss.; S. SEMINARA, *Riserve extrabilancio e gestione d'impresa: profili penali* (Relazione al Congresso italo-spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014), in *Dir. pen. cont.–Riv. trim.*, 2014, 3-4, 73 ss.). Di conseguenza, si tende spesso a parlare di reato *vedette* o *spia* di possibili dinamiche corruttive; dinamiche che, a loro volta, appaiono fortemente accentuate dal contesto di *crisi economica*.

[548] Cfr. G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi*, in *Impresa e giustizia penale tra passato e futuro*, cit., 333 ss., in part. 342: «quando scoppiano le crisi, è irresistibile la *spinta* alle malversazioni e ai camuffamenti della realtà societaria, ed è pertanto automatica l'esigenza di una *controspinta* incarnata da alti livelli di pena».

spunto per l'attivazione di una risposta forte verso l'illegalità societaria, con aumento vertiginoso delle pene edittali (fino a 10 anni di reclusione per il falso in bilancio), al fine di «porre un argine al dilagare di simili reati»[549], la crisi economica del 2008 ha fatto da sfondo alla riforma del diritto penale societario operata dalla l. n. 69/2015, tesa a rivitalizzare il delitto di falso in bilancio[550], restituendogli la conformazione di reato di pericolo e presidiandolo con pene elevate[551]. La riforma, come noto, è stata perfezionata dall'intervento delle Sezioni Unite "*Passarelli*", le quali, giunte a dirimere il contrasto giurisprudenziale tra orientamenti abrograzionisti[552] e anti-abrogazionisti[553] formatosi sul concetto di "*fatti materiali rilevanti*", hanno stabilito – com'era inevitabile[554], ma comunque operando una evidente forzatura del dato legislativo[555] – che in tale concetto rientrassero anche le *valutazioni estimative* e, dunque, la perdurante rilevanza del *falso valutativo*[556]. La crisi economica ha poi rappresentato l'ambiente di coltura, in Italia[557]

---

[549] Così G. DELITALA, *I reati concernenti le società di commercio e la legge Rocco del 1930,* in *Riv. dir. comm.* 1931, ora in *Diritto penale, Raccolta degli scritti,* II, 1976, 791 ss., nel suo commento la disciplina penale delle società di commercio.

[550] Senza poter qui ripercorrere le prime fasi dell'evoluzione normativa e applicativa dei reati in materia di false comunicazioni sociali (per un quadro di estrema sintesi rinviamo per questo a V. MANES, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali. Commento agli artt. 262, 2621-bis, 2621-ter, 2622 c.c.*, in AA.VV., *Codice delle s.p.a.*, diretto da G. Portale–P. Abbadessa, Milano, Giuffrè, 2016; V. NAPOLEONI, *Introduzione artt. 2621-2641,* in AA.VV., *Codice commentato delle società. Società di persone – Società di capitali – Cooperative – Consorzi – Reati societari*, IPSOA, Milano, 2011, 2403 ss), ci limitiamo a richiamare, per sommi capi, i caratteri della fase immediatamente precedente all'attuale, come noto caratterizzata da una *depenalizzazione di fatto* del mendacio societario. Il *de profundis* del falso in bilancio lo aveva pronunciato il legislatore con la riforma del 2002 (d.lgs. n. 61/2002), da un lato proponendo una miniaturizzazione della sanzionatoria, portata a livelli bagatellari, dall'altro condizionando l'applicazione di tale pur minima sanzione alla procedibilità a querela (prevista nell'ipotesi delittuosa, in relazione alle società "non quotate", ai sensi dell'art. 2622, co. 1) e al superamento di soglie di rilevanza, individuate con precisi riferimenti percentuali, al di sotto dei quali la falsità realizzata diveniva "quantità trascurabile". Alla giurisprudenza spettò completare l'interramento (quando non era da decretarsi l'insussistenza del fatto, quasi sempre era da dichiararsi l'estinzione del reato, considerata l'estrema brevità dei termini prescrizionali), alla dottrina scriverne in memoria (C. PEDRAZZI, *In memoria del falso in bilancio*, in *Riv. soc.,* 2001, 1369 ss. nonché in ID., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, cit., 845 ss). Scampata alle censure di legittimità di fronte alla Corte Costituzionale (Corte Cost., 1 giugno 2004, n. 161), sopravvisuta "per avventura" al vaglio comunitario (Corte di giustizia, 3 maggio 2005, procedimenti riuniti C-387/02, C-391/02, e C-403/02, in *Cass. pen*., 2005 (con nota di G. INSOLERA–V. MANES). Cfr. inoltre C. SOTIS, *Il diritto senza codice*, cit., 109 ss. e in part. 142, sugli sviluppi relativi alla vicenda della sentenza *Berlusconi et al.* nella prospettiva della Corte Costituzionale), e solo marginalmente intaccata dalle modifiche apportate dalla l n. 262 del 2005 (inclusione nella sfera dei soggetti attivi dei «dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari», introduzione di sanzioni amministrative per le condotte di mendacio societario aventi ad oggetto una somma inferiore alle soglie percentuali di rilevanza, variazioni sanzionatorie poco o nulla incisive in entrambe le fattispecie di reato), questa disciplina si è mantenuta sostanzialmente inviariata fino alla riforma del 2015. Tant'è vero che, nel contesto economico-finanziario della crisi, nei grandi processi

[551] Su questa riforma, tra gli altri, S. SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3, 2015, 813 ss.; ID., *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2015, 1406 ss.

[552] *Cfr.* Cass. pen., Sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774 ("*Crespi*") e Cass. pen., Sez. V, 22 febbraio 2016, n. 6916 (*"Banca Popolare Alto Adige"*).

[553] *Cfr.* Cass. pen., Sez. V, 12 gennaio 2016, n. 980 ("*Giovagnoli*").

[554] A. ALESSANDRI, *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* , 1, 2016, 10 ss.

[555] Su questo aspetto in particolare M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti? "Fatti materiali", false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2016, 4, 163 ss.

[556] Così, da ultimo, Cass. pen., Sez. Un., 27 maggio 2016, n. 22474, "*Passarelli*" par.12. «Sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di

come altrove[558], delle esigenze di rafforzamento degli strumenti penali di "lotta" alla corruzione. In particolare, per quanto riguarda il nostro Paese, essa costituisce il *milieu* della riforma "di sistema" operata dalla l. n. 190/2012 e, in seguito, delle modifiche operate dalla l. n. 69/2015, tesa ad irrobustire ulteriormente l'apparato punitivo delle patologie corruttive, aggravando cospicuamente le pene ed estendendo ulteriormente l'ambito soggettivo di applicazione dei reati, nonché introducendo degli strumenti – diversi dalla confisca – diretti al recupero coattivo delle utilità illecite[559]. Il crescendo repressivo nei confronti dei reati in materia di corruzione è culminato con l'estensione, ad opera della l. n. 161/2017, delle misure di prevenzione personali e patrimoniali contenute nel Codice Antimafia ai soggetti indiziati di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati contro la pubblica amministrazione[560].

1. La risposta del legislatore europeo alla criminalità del profitto nell'ottica "macro-economica" e "macro-offensiva" veicolata dalla crisi

Quanto affermato poco sopra è compendiato nelle poche righe che aprono la *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al congelamento*

"valutazione", se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni». Sulla sentenza, v. i commenti di A. ALESSANDRI, *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2016, 1479 ss.

[557] Cfr. d.d.l del Senato n. 19, cit., 1: «La lotta alla corruzione è diventata una priorità nelle agende politiche internazionali, anche per effetto della profonda crisi che coinvolge le più avanzate economie mondiali: il diffondersi delle prassi corruttive, minando la fiducia dei mercati e delle imprese, determina, tra i suoi molteplici effetti, una perdita di competitività per i Paesi».

[558] Si può richiamare ad esempio l'importante intervento di riforma messo in atto in Francia con la legge n. 2016-1691 del 9 dicembre 2016 relativa «alla trasparenza, alla lotta contro la corruzione e alla modernizzazione della vita economica», meglio nota come *Sapin II,* dal nome del ministro proponente.

[559] Si tratta in particolar modo dell'art. 323-*quater* c.p. (introdotto dall'art. 4 della l. n. 69), che prevede una nuova misura denominata riparazione pecuniaria e consistente nel «pagamento di quanto indebitamente ricevuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio» in occasione di reati tassativamente indicati (peculato ordinario e d'uso, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità e corruzione in tutte le sue forme, ossia per l'esercizio delle funzioni, per atto contrario, in atti giudiziari, di pubblici agenti extra-nazionali). Il pagamento, che lascia impregiudicato il risarcimento del danno, è testualmente imposto «a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione cui il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio appartiene, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-*ter*, in favore dell'amministrazione della giustizia, restando impregiudicato il diritto al risarcimento del danno». Contemporaneamente, nel nuovo quinto comma dell'art. 165 c.p. è stata introdotta una disposizione che condiziona la sospensione condizionale della pena «al pagamento di una somma equivalente al profitto del reato ovvero all'ammontare di quanto indebitamente percepito dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio, a titolo di riparazione pecuniaria in favore dell'amministrazione lesa dalla condotta del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio, ovvero, nel caso di cui all'articolo 319-ter, in favore dell'amministrazione della giustizia, fermo restando il diritto all'ulteriore eventuale risarcimento del danno». Il nuovo comma 1-*ter* dell'art. 444 c.p.p. subordina la possibilità di accedere al rito speciale alla restituzione dei profitti.

[560] V. art. 4, lett. i-*bis*), d.lgs. 6 settembre 2011, n. 69.

e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea[561], ai nostri occhi un vero e proprio manifesto politico-criminale del tempo di crisi[562]:

> «La proposta mira a colpire l'incentivo economico che muove la criminalità, al fine di proteggere l'*economia lecita* da infiltrazioni criminali e corruzione, nonché a *restituire i proventi di reato alle autorità pubbliche che forniscono servizi ai cittadini*. È la *risposta al contesto economico attuale,* in cui la crisi finanziaria e il rallentamento della crescita economica generano nuove opportunità per i criminali, maggiori vulnerabilità nel nostro sistema economico e finanziario e nuove sfide per le autorità pubbliche *chiamate a fornire le risorse finanziarie per soddisfare il bisogno crescente di servizi ed assistenza sociali* (corsivi nostri)».

L'intreccio tra contesto di crisi economica, espansione della "giustizia patrimoniale penale" [563] ed equiparazione tra criminalità economica "comune" e criminalità "organizzata" permea l'orizzonte d'azione del legislatore europeo. Il contesto di crisi non solo sposta i giudizi di meritevolezza e bisogno di pena dal *fatto* al *fenomeno* criminale (cosa che, invero, è del tutto ordinaria nell'ottica legislativa), ma in particolare trasferisce il punto di vista dal piano *micro* al piano *macro*, piano sul quale le due fenomenologie criminali tendono a convergere; al contempo, tale contesto orienta l'azione di contrasto sugli strumenti di ablazione patrimoniale: il legislatore europeo non nasconde del resto la sua predilezione per strumenti capaci, ad un tempo, di agire in controspinta alle attività criminali mosse da finalità di profitto e di rispondere efficacemente ad esigenze contingenti di "fare cassa".

> Urge qui una precisazione sul ruolo della *crisi economica* nella *giustificazione* delle scelte politico-criminali che andremo ad osservare. É opportuno mettere in chiaro che non pensiamo che tali scelte siano giustificate *esclusivamente* dalla necessità di contrastare determinati fenomeni criminali, che nel contesto di crisi economica incontrano un'occasione di proliferazione. Il diritto penale si presta infatti a rispondere a necessità diverse, che vanno dal piano più strettamente politico-criminale (il contrasto a determinate forme di devianza economica), a quello economico-materiale (il bisogno di "far cassa", che non necessariamente coincide con la necessità di recuperare i profitti illeciti), fino a quello politico-emotivo (bisogno di rispondere a domande di fiducia nelle istituzioni, di stabilità nel sistema delle relazioni economiche, di crescita economica, di sicurezza). Quando si tocca questo secondo piano le istituzioni politiche (nonché i giudici), più che agire in funzione di *controspinta* a fenomeni criminali alimentati dalla

[561] Cfr. *COM/2012/085 final - 2012/0036 (COD).*
[562] V. da ultimo Direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea. Per un commento della direttiva e più in generale della politica europea in materia di *freezing and confiscation*, v. M. SIMONATO, *Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation*, in 6 *New Journal of European Criminal Law*, 2/2015, 213 ss.; A.M. MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie CEDU*? in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.,* 2013*,* 3, 252 ss.
[563] A. BARGI – A. CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, Utet, Padova, 2011.

> crisi, esibiscono la loro capacità di offrire protezione, attraverso lo strumento penale, ai bisogni generati dalla crisi, al fine di attivare le dinamiche del consenso sociale, non di rado passando dall'enfatizzazione di quei bisogni. Più che di movimenti di contrasto ai fenomeni criminali, si dovrebbe in tal caso parlare di esperienza di gestione "emotiva" della crisi tramite diritto penale, e magari rilevare la sussistenza di dinamiche proprie del *populismo* penale. Ad ogni modo, in questa sede non interessa rilevare se e quanto i due piani giustificativi del ricorso allo strumento punitivo, quello ideologico-simbolico e quello realistico-strumentale, siano intrecciati; ci basterà qui tenerlo presente, rimandando ad un momento successivo lo studio delle influenze ideologico-simboliche sulle forme assunte dal diritto penale in tempi di crisi.

La Direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014[564] ha rispettato il programma politico-criminale contenuto nella *Proposta*. Dal nostro punto di vista, sembra meritare particolare attenzione l'ipotesi di confisca *estesa*, di cui all'art. 5 della Direttiva, con la quale il legislatore europeo ha inteso rimediare alla mancata armonizzazione in materia, ricomponendo la frammentarietà normativa – particolarmente nociva in caso di necessità di attività di *enforcement* congiunte su operazioni transfrontaliere – provocata dalla *Decisione Quadro* 2005/212/GAI, dove si prevedevano tre diverse serie di condizioni minime tra cui gli Stati membri erano liberi di scegliere per applicare la confisca estesa. Benché nel *Considerando* n. 19 si precisi che la confisca per sproporzione sia stata precipuamente concepita come strumento di "lotta" contro l'accumulazione di capitali illeciti da parte della criminalità organizzata, il comma 2 dell'articolo, nel delineare l'ambito di applicazione minimo e imprescindibile (ai fini di ritenere adempiuto l'obbligo europeo) di questa forma di confisca – ossia applicabile sulla base del solo requisito della *sproporzione* tra patrimonio del soggetto e il valore dei beni in suo possesso – elenca una serie piuttosto articolata di fattispecie criminose in materia economica, che si conclude con un rinvio all'art. 3, il quale a sua volta estende l'applicazione della Direttiva stessa a tutti i reati oggetto di armonizzazione in base all'art. 83, § 2 TFUE.

Se non altro, l'applicazione di questa forma di confisca *sine periculositate,* basata sulla mera sproporzione e, dunque, su una *presunzione* di illiceità della ricchezza, dall'evidente finalità punitiva, presuppone la presenza di una *sentenza di condanna*; a configurare una vera e propria pena *accessoria*, almeno fondata su quello che normalmente è il presupposto di applicazione di una pena, ossia l'accertamento di una responsabilità penale.

1.1. *L'eco dell'assimilazione tra criminalità del profitto e criminalità di tipo mafioso nella sentenza "Taricco"*

[564] Sulla Direttiva in parola si veda A.M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/ue relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 1, 300 ss.; G. DE SANTIS, *Le aporie del sistema di prevenzione patrimoniale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, 109 ss.

Il momento centrale e qualificante della sentenza "*Taricco*"[565] è tutto in quel suo punto 48 nel quale è esposta, mediante un riferimento all'art. 291-*quater* TULD («*Associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri*»), la differenza di trattamento tra interessi finanziari europei ed italiani.

Il reato di associazione per delinquere finalizzato al contrabbando di tabacco è infatti fattispecie esclusa, ai sensi dell'art. 161 c.p. e 51, co. 3-*bis* c.p.p., dalla disciplina ordinaria sulla prescrizione, ed in particolare dalla previsione di un termine massimo in caso di interruzione della stessa. La denuncia della CGUE si fonda in particolare sul disposto dell'art. 325 TFUE, dove si prevede, al primo paragrafo, l'obbligo per l'Unione e per gli Stati membri di contrastare le attività fraudolente lesive degli interessi finanziari dell'Unione stessa; nel paragrafo successivo, il legislatore europeo dà sostanza a tale obbligo prevedendo che «gli Stati membri adottano, per combattere la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari».

Ora, nell'interpretazione storica della Corte di Giustizia (sin dalla sentenza "*Mais greco"*[566]), avallata nella stessa pronuncia "*Taricco*", questo obbligo dovrebbe valere, in base al principio di *assimilazione*, fintantoché si tratti di fatti simili per *natura* ed *importanza* (in "*Taricco*" si parla in particolare di «fatti di natura e gravità comparabili»).

Ma l'assimilazione tra le frodi *Iva* e i fatti considerati nella comparazione appare quantomeno debole, se si valorizza il dato che l'art. 291-*quater* T.U.L.D. è norma che interviene in un settore largamente penetrato dalla criminalità organizzata di stampo mafioso e che dall'esigenza di contrastare questo *tipo* di fenomeno criminale derivano moltissime ricadute disciplinari, in strettissima corrispondenza con la fattispecie di cui

[565] CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2015, causa C-105/14, con cui, come noto, la Corte di Giustizia aveva dichiarato che «una normativa nazionale in materia di prescrizione del reato come quella stabilita dal combinato disposto dell'articolo 160, ultimo comma, del codice penale, come modificato dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251, e dell'articolo 161 di tale codice – normativa che prevedeva, all'epoca dei fatti di cui al procedimento principale, che l'atto interruttivo verificatosi nell'ambito di procedimenti penali riguardanti frodi gravi in materia di imposta sul valore aggiunto comportasse il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale – è idonea a pregiudicare gli obblighi imposti agli Stati membri dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE nell'ipotesi in cui detta normativa nazionale impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, o in cui preveda, per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea, circostanze che spetta al giudice nazionale verificare», imponendo dunque al giudice nazionale di «dare piena efficacia all'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE disapplicando, all'occorrenza, le disposizioni nazionali che abbiano per effetto di impedire allo Stato membro interessato di rispettare gli obblighi impostigli dall'articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE». La letteratura che riguarda questa sentenza e l'intera "saga Taricco" (che comprende l'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale n. 24 del 2017, la decisione della Corte di giustizia del 5 dicembre 2017 e, infine, la sentenza della Corte costituzionale del 10 aprile 2018 (dep. 31 maggio 2018), n. 115), è ormai vastissima. Ci limitiamo a rinviare, per una ricostruzione complessiva della "saga", a: i numerosi contributi contenuti in A. Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene editore, Napoli, 2017 ed in A. Bernardi–C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale,* Napoli, 2017.

[566] CGUE, 21 settembre 1989, *Commissione c. Repubblica Ellenica*, causa C-68/88.

all'art. 416-*bis* c.p.: dalle previsioni in materia di confisca[567], passando per le disposizioni in materia di ordinamento penitenziario[568], fino ad arrivare, appunto, alla disciplina della prescrizione. Potrebbe dunque sorgere il sospetto che alle "amnesie tributarie"[569] manifestate dalla CGUE nella sentenza "*Taricco*" vadano ad aggiungersi anche gravi amnesie "criminologiche", avendo mancato la Corte di argomentare l'effettiva *comparabilità* per natura e gravità tra le fattispecie tributarie poste a tutela degli interessi finanziari dell'Unione e quella posta a (supposto) presidio degli interessi finanziari nazionali e, dunque, di verificare le ragioni dell'eccezionalità derogatoria della disciplina in materia di prescrizione prevista per il reato di associazione per delinquere finalizzato al contrabbando dei tabacchi.

Noi però non siamo convinti che l'assimilazione, sicuramente *frettolosa*, tra le due fattispecie sia anche frutto di un'amnesia o, com'è stato detto, di superficialità giuridica[570]; in questo aspetto, la CGUE si limita a recepire il punto di vista ormai fatto proprio dal legislatore europeo, così come dimostrano la *Proposta* sopra menzionata e la successiva *Direttiva* in materia di confisca, e che da tempo è assunto dal legislatore nazionale. Non siamo infatti convinti che, assumendo tale prospettiva, il discrimine tra le due tipologie sia tale da assicurarne la non assimilazione in punto di *natura* e *gravità*. Del resto, la stessa *Direttiva PIF* del 2017 fonda la *gravità* delle frodi sui criteri della transnazionalità e del danno economico complessivamente arrecato; e non anche sul sostrato criminale che le alimenta, sui fini che le animano e sui metodi utilizzati.

Se poi guardiamo alla disciplina nazionale, alla Corte di Giustizia si può difficilmente dare torto. Il trattamento del fenomeno della criminalità *mafiosa* presenta ormai davvero pochi punti di *differenziazione* rispetto a quello della criminalità economica *comune*, specie se ci riferiamo alle misure di "giustizia patrimoniale penale" che da anni presidiano la criminalità del profitto; misure che, a tacer d'altro, proprio nella materia dell'evasione fiscale realizzano un'*iper*-effettività sanzionatoria, perseguendo una strategia di incapacitazione economica a larghissimo spettro.

2. Il contrasto all'accumulazione di capitali illeciti nel panorama italiano: convergenze vecchie e nuove

[567] Per entrambe le ipotesi associative è prevista la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne costituirono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto. Inoltre, la misura di cui all'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306 del 1992 può essere disposta con riferimento sia all'ipotesi associativa di stampo mafioso, sia a quella finalizzata al contrabbando.

[568] L'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario inserisce espressamente, oltre all'art. 416-*bis* c. p., anche la norma di cui all'art. 291-*quater* T.U.L.D. nel novero dei reati dalla cui condanna discende il divieto di applicazione dei benefici penitenziari, nonché la possibilità di essere assoggettati al c.d. "carcere duro" (art. 41-*bis*).

[569] Cfr. M. DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisprudenza di lotta. Tra disapplicazioni "punitive" della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*", in *Dir. pen. cont.,* 3 aprile 2018, dove si mette in evidenza come il reato di cui all'art. 291-*quater* TULD non riguardi affatto soltanto le accise dello Stato italiano, ma tuteli una triplice imposizione tributaria (dazi, accise ed Iva) che torna tutta a vantaggio dell'UE.

[570] Cfr. M. SESTIERI, *Mutamenti nella politica criminale dell'Unione. Dall'interpretazione strumentale del reato associativo relativo al contrabbando di tabacchi all'approvazione della Direttiva PIF*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2018, 164.

Nel nostro ordinamento l'idea dell'incapacitazione economica quale *prima ratio* d'intervento statale coercitivo nasce nel settore della criminalità organizzata ed è realizzata mediante una liberazione della *confisca*, e del sequestro preventivo che la anticipa, dai vincoli che – al fine di prendere le distanze dal suo passato di oscure strumentalizzazioni politiche – le avevano apposto le grandi voci dell'illuminismo penale, vincoli rispettosamente ereditati dal Codice Rocco. Ricacciato nell'art. 240 c.p., l'istituto *liquido* della confisca prendeva la forma definita di una misura di *sicurezza*, *"post probationem delicti"*[571] con funzione *preventiva*, applicata in via *facoltativa*, a *res* legate al reato da un nesso di pertinenzialità; *obbligatoria* e *praeter probationem delicti* solo in riferimento agli *instrumenta sceleris* (cose intrinsecamente criminose, per le quali è superfluo un giudizio di *pericolosità*).

L'allentamento dei vincoli prende avvio, a dire il vero, nel settore doganale, dove si abbandona la regola della *facoltatività* – e, dunque, di un giudizio *prognostico* circa un possibile utilizzo "pericoloso" della *res* – in favore del carattere di *obbligatorietà*[572]. Questo carattere è però subito recepito dalla legge c.d. *Rognoni-La Torre* (l. n. 646/1982), notoriamente indirizzata al contrasto di una criminalità mafiosa, in quegli anni particolarmente attiva e violenta, che la introduce nella previsione dell'art. 416-*bis* c.p.. Questa legge compie poi l'ulteriore passo di liberare la confisca dal vincolo della sentenza di condanna, rifondandola come *misura di prevenzione* "*ante delictum*", da applicarsi ai soggetti destinatari di misure di prevenzione di cui alla l. n. 575/1965. Sempre nel settore della criminalità mafiosa è inaugurata poi la rinuncia al nesso di *pertinenzialità/strumentalità* della *res confiscanda* rispetto al reato: così, almeno nel modello della confisca "allargata" di cui all'art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992, che configura la confisca come misura di sicurezza *atipica* (è infatti pur sempre misura che presuppone una sentenza di condanna) indirizzata ad incamerare ogni bene di sospetta provenienza illecita sulla base del requisito della sproporzione del suo valore rispetto al reddito dichiarato dal condannato.

Non possiamo in questa sede percorrere le tappe che, da un certo punto in poi, hanno trasformato quelle che erano eccezioni ai principi di *colpevolezza* e *proporzione*, nonché

[571] Per la giurisprudenza più recente l'applicazione della confisca-misura di sicurezza comunque non richiede l'applicazione di una condanna *definitiva*. Cfr. Cass. pen., 26 giugno 2015, n. 31617, "*Lucci"*, in *Cass. Pen.*, 2016, 4 , 1362 ss. (con nota di F. LUMINO).

[572] Così A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen*., III, Torino, 1989, 50 definisce le soluzioni sottese alle sempre più numerose figure di confisca obbligatoria in termini di pene accessorie che, alla stregua delle pene principali, presuppongono una sentenza di condanna. V. inoltre G. VASSALLI, *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, in *Giur. Cost.,* 1977, I, 421, il quale mette in luce il connotato spiccatamente punitivo della confisca obbligatoria. Questa regola, dopo una prima esperienza in materia di reati doganali, si è affermata a partire dagli anni '70 nell'ambito di tutte le leggi speciali afferenti al contrasto alla criminalità del profitto c.d. *senza vittima*, come manifestazione dell'atteggiamento di un legislatore preoccupato di incidere su forme di criminalità particolarmente lesive degli interessi finanziari dello Stato ed in sostituzione di rimedi di tipo ripristinatorio-restitutorio del vantaggio illecito (cfr. L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno,* Cedam, Padova, 1997, 31). Ancora, F. MAZZACUVA, *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale "classico" diritto penale "moderno"*, in *La giustizia patrimoniale penale*, cit., 237 ss.

ai diritti di proprietà – ammesse nell'orizzonte del contrasto alla criminalità organizzata, dunque alla luce dell'interesse pubblico di rendere (anche) economicamente incapaci associazioni la cui esistenza metta in discussione la supremazia del diritto nello Stato –, in regola vigente per ogni forma di criminalità economica: la confisca nella versione *obbligatoria* e nella forma (anche) per *equivalente* ha conosciuto una diffusione capillare ed è oggi ormai associata ad ogni tipo di reato economico, come conseguenza automatica e indefettibile della sentenza di condanna (o anche di una sentenza di patteggiamento). Nel d.lgs. 231/2001, del pari incontriamo una forma di confisca del prezzo o del profitto del reato *obbligatoria* e *per equivalente*, ai sensi dell'art. 19, qui (almeno) apertamente configurata come sanzione autonoma, generosamente applicata dalla giurisprudenza[573] (in particolare, accogliendo il principio del *lordo* in luogo del *Nettoprinzip*).

La *confisca,* in una forma *allargata* e (anche) *per equivalente*, spicca poi tra le misure di *prevenzione* patrimoniale *ante* o *praeter delictum* previste nel d.lgs. n. 159/2011; testo che, se per l'assenza di una qualsiasi logica sistematica non merita l'appellativo di "*Codice*", meriterebbe un titolo più ampio rispetto all'attuale, risultando la connotazione "*antimafiosa*" certamente riduttiva della varietà di situazioni che mira a colpire[574].

L'art. 24 di questo *Codice* – in combinato disposto con l'art. 20 in materia di sequestro – consente oggi l'ablazione di uno spettro estremamente ampio di beni afferenti (è sufficiente il requisito della *disponibilità* anche per interposta persona, fisica o giuridica) al soggetto preposto, quando questi non sia in grado di giustificare la legittima provenienza, ed ovviamente senza che la presunzione di pericolosità abbia neppure a trovare conforto nello stereotipo della contiguità mafiosa; stereotipo sì, ma fondato su un sostrato criminologico forte. Questo può avvenire sia in modo indipendente dalla definitiva applicazione nei confronti del preposto di una misura di prevenzione personale*,* dunque a prescindere dall'*attualità* della pericolosità del bene, quale riflesso della pericolosità *soggettiva* del suo possessore[575], ma anche, a ben

---

[573]Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, cit., sulla quale si vedano le considerazioni critiche di V. MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1758 ss. Cfr. inoltre A.M. MAUGERI, *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 4, 669 ss e in part. 734.

[574] Cfr. T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Giustizia Criminale*, vol. 2, Pisa, 2014, 307 ss.

[575] La possibilità di un'applicazione "disgiunta" della confisca di prevenzione risale al c.d. *Pacchetto sicurezza*, il d.l. n. 92/2008 che è intervenuto a spezzare il nesso di necessaria pregiudizialità tra le misure di prevenzione personali e quelle patrimoniali, affermando il principio di autonomia delle due tipologie di misure di prevenzione. Sul quadro normativo così delineato, con la legge 15 luglio 2009, n. 94 (c.d. *Collegato Sicurezza*) il legislatore ha ulteriormente modificato il comma 6-*bis*, art. 2 bis, l. 575/1965, aggiungendo nel relativo testo, dopo la parola "disgiuntamente", la locuzione secondo cui le misure di prevenzione patrimoniali possono essere applicate "indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione". Per un'analisi critica degli effetti della disgiunzione tra pericolosità soggettiva e applicazione della confisca di prevenzione, v. A. MANGIONE, *La situazione spiritule della confisca di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2017, 614 ss.

vedere, in ipotesi di mancanza *ab origine* di una pericolosità soggettiva (qualificata). Il procedimento di prevenzione da cui scaturisca l'applicazione di misure di prevenzione patrimoniali può essere infatti aperto e coltivato tanto in presenza di indici di pericolosità *specifica* o *qualificata* – fondati sulla presenza di atti preparatori o su *indizi* di commissione di particolari categorie di reati, tra cui, oggi, anche quelli in materia di corruzione, se realizzati in forma associativa – quanto al ricorrere di indici di c.d. *pericolosità generica* fondati su una mera *attitudine criminale* del soggetto; ma fintantoché è *generica*, di pericolosità non si può propriamente parlare, poiché manca il riferimento a indici che consentano di formulare un giudizio prognostico circa la commissione, per il futuro, di reati.

Per quanto riguarda le categorie di *pericolosità* generica è da segnalare come, nel caso delle misure di prevenzione *personali*, siano state giudicate *convenzionalmente* illegittime dalla sentenza *De Tomaso*[576], mentre si continua ancora a fare ad esse riferimento relativamente alle misure di prevenzione *patrimoniali.* Non possiamo però in proposito non richiamare la copiosa giurisprudenza della Corte EDU, che ritiene compartibili con la CEDU solo i procedimenti di prevenzione patrimoniali in cui si ravvisi un rapporto di proporzionalità tra il sacrificio del diritto alla proprietà, che la confisca-misura di prevenzione comporta, e lo scopo di interesse pubblico conseguito, individuato nella necessità di garantire, mediante la lotta alla criminalità organizzata, l'ordinata e pacifica convivenza sociale[577].

Il *Codice Antimafia* sembra invece delineare una vera e propria *actio in rem* verso beni di provenienza non necessariamente criminale-mafiosa – e neppure necessariamente criminale, ma banalmente *incerta* – alla luce di un interesse pubblico ben diverso, e certamente più debole, quale è il contrasto alla circolazione di ricchezza di incerta provenienza[578], dalla tutela degli interessi finanziari dello Stato o, più brutalmente, dal bisogno dello Stato di "fare cassa"; interessi che nel contesto di crisi economica, come abbiamo visto, sembrano però ottenere, anche nella prospettiva del legislatore europeo, un grado di maggiore considerazione, proprio grazie all'assunzione di quel punto di vista (macro)economico che abbiamo richiamato più sopra.

---

[576] Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, *De Tomaso c. Italia,* su cui v. in sede di primo commento F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2017.

[577] Per questa giurisprudenza, l'ingerenza, che la confisca comporta nel diritto di proprietà dell'indiziato, è giustificata nell'interesse generale. Cfr. Corte EDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo v. Italy*; Corte EDU, 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*; Corte EDU, 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*; Corte EDU, 5 luglio 2001, Arcuri e tre altri c. Italia; Corte EDU, 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*; Corte EDU, 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*, n. 399/2002.

[578] Cfr., Cass. pen., sez. I, 5 giugno 2014, n. 23641, in *CED Cass. pen.* 2014, in cui si dice espressamente che «l'interesse pubblico all'eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta illegittima provenienza, sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati ad incrementare il patrimonio del soggetto e prescinde dal fatto che perduri in capo a quest'ultimo lo stato di pericolosità, perchè la finalità preventiva che si intende perseguire con la confisca risiede proprio nell'impedire che il sistema economico legale sia funzionalmente alterato da anomali accumuli di ricchezza, quale che sia la condizione del soggetto che poi si trovi a farne in qualsiasi modo uso».

2.1. L'iper-espansione dell'incapacitazione patrimoniale nella materia dell'evasione fiscale. Dall'evasore fiscalmente pericoloso all'applicazione del paradigma dell' "impresa mafiosa" per imprese finanziate con redditi da evasione fiscale

Rintracciamo dunque una tendenza all'utilizzo indistinto della strategia d'incapacitazione patrimoniale quale strumento di pulizia del sistema economico dall'inquinamento di fonti di ricchezza illecitamente accumulate e, ovviamente, di neutralizzazione dei soggetti colpiti dalle misure. Si tratta di una tendenza che mostra caratteristiche strutturali, e non vogliamo quindi forzarla dentro una lettura congiunturale, che, invece, ci sentiamo di dare al suo movimento di (parziale) inversione. Prima di illustrare questo movimento di inversione, intendiamo però meglio descrivere la tendenza nel raggiungimento della sua massima espansione (e tensione con i principi garantistici).

Il culmine della tendenza espansiva che documentiamo è stato senz'altro raggiunto nella materia dei reati fiscali, dove incontriamo una giurisprudenza applicata – più del dovuto e del necessario – nel recupero di tutte le utilità (meglio, dei risparmi di spesa) sottratte all'erario.

Il primo orientamento da segnalare riguarda l'applicazione della confisca *post delictum* e trova la sua consacrazione nella sentenza a Sezioni Unite *Gubert*[579]. La sentenza, al fine di superare l'inapplicabilità della confisca *per equivalente* di beni appartenenti alla società in caso di reati tributari commessi dall'amministratore (reati per i quali, come noto, la responsabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. 231/2001 è esclusa), ha offerto un'interpretazione forzatamente ampia del concetto di confisca *diretta*, secondo la quale, finché il bene oggetto di apprensione conserva la caratteristica della *fungibilità* (è il caso del denaro), sempre in un'ipotesi di confisca *diretta* si verserebbe.

Il secondo orientamento riguarda invece la prospettazione – da parte della giurisprudenza di merito[580], ma con l'avallo della giurisprudenza superiore – di figure di autore economico assai vaghe, quali il c.d. *evasore pericoloso* o *abituale*[581] che viva

---

[579] Cass. pen., Sez. Un., 30 gennaio-5 marzo 2014, n. 10561, "*Gubert*", in *Dir. pen. cont.*, 12 marzo 2014, (con commento di T. TRINCHERA); sulla decisione, si vedano le note critiche di C.E. PALIERO-F. MUCCIARELLI, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 1, 246 ss.; R. BORSARI, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite*, in *Le società*, 2014, 867 ss.; A.M. DELL'OSSO, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2014, 401 ss.; M. SCOLETTA, *La confisca in capo all'ente per reati tributari commessi dal legale rappresentante: la parola delle Sezioni Unite*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2014, 487 ss.; G. TODARO, *Il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, di beni di una persona giuridica: il rebus dei reati tributari*, in *Cass. pen.,* 2014, 282 ss.; G. VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle Sezioni Unite in tema di sequestro ai fini di confisca e reati tributari*, in *Cass. pen.,* 2014, 9, 2806 ss.

[580] V. ad es. Trib. di Cremona, 23 gennaio 2012 e Trib. di Chieti, 12 luglio 2012, in *Dir. pen. cont.*, 3 settembre 2012.

[581] A. M. MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale*?, *La rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini dell'accertamento della sproporzione e dell'origine dei*

abitualmente, anche in parte dei proventi dell'evasione stessa, alle quali siano applicabili le misure di prevenzione *personali* e, di conseguenza, la confisca dei beni; creazione, questa, che non è però certo ascrivibile ad un eccesso di velleità politico-criminale dei giudici, trovando essa un solido appiglio normativo nel combinato disposto degli artt. 4, lett. c), 1, lett. a) e b) del *Codice antimafia,* ossia di quelle fattispecie di pericolosità generica che la Corte EDU, con la sentenza *De Tomaso*, ha giudicato convenzionalmente illegittime. In stretto collegamento con la prospettazione della figura dell'evasore socialmente pericoloso si trova un altro orientamento, anch'esso convalidato dalle Sezioni Unite[582].

Chiamata a pronunciarsi sulla questione della deducibilità dei proventi da evasione fiscale, la Suprema Corte ha affermato che il preposto non potrebbe mai giustificare la legittima provenienza dei beni sequestrati allegando redditi «conseguiti in violazione degli obblighi fiscali», ancorché provenienti dall'esercizio di un'attività economica lecita (non trattandosi *strictu sensu* di proventi derivanti dall'evasione fiscale, nella misura dell'imposta evasa). Con l'ultimo intervento di riforma (l. 17 ottobre 2017, n. 161) il legislatore, compiendo una precisa scelta politico-criminale, ha voluto rimediare alla divergenza di opzioni ermeneutiche della Suprema Corte in relazione alla confisca di prevenzione e alla confisca allargata, sancendo che anche in relazione a quest'ultima non sarà possibile giustificare l'origine dei beni adducendo che sono stati acquistati con i proventi dell'«evasione fiscale»[583]. Non possiamo poi dimenticare quel filone di giurisprudenza impegnato ad affermare l'applicabilità della confisca anche a redditi coperti da condono fiscale, nonché nei casi in cui il contribuente evasore abbia estinto il debito tributario, prima dell'inizio del procedimento, mediante speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie[584].

---

beni da confiscare, in *Dir. pen. cont.–Riv. trim.*, 2014, 2, 191 ss; F. MENDITTO, *La rilevanza dei redditi da evasione fiscale nella confisca di prevenzione e nella confisca "allargata"*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014; S. M. RONCO*, Il contribuente fiscalmente pericoloso*. *Profili di interrelazione tra il diritto tributario e la giurisprudenza in materia di confisca di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2016.

[582] Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 33451. Cfr. A.M. MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale di prevenzione e autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2015, 4, 207 ss.

[583] La formulazione letterale della nuova disposizione non impedisce di dimostrare il carattere proporzionato di un acquisto nel momento in cui è avvenuto per mezzo di redditi di origine lecita ma sottratti alla tassazione; impedisce, a ben vedere, solo di tenere conto dei redditi dell'«evasione fiscale», ovviamente sia che essi derivino dall'evasione penalmente rilevante, sia che invece provengano da un illecito amministrativo. La confisca penale andrà dunque eventualmente ad aggiungersi a quella prevista dalla disciplina tributaria. Cfr. *Ivi,* 226.

[584] V. Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2014, cit.: «Infine, il caso di specie – in cui è pacifico, essendo addirittura oggetto di aperta rivendicazione nei motivi di ricorso, che l'evasione fiscale è stata ripetuta negli anni, sistematica e "colossale" – preclude di entrare nella valutazione della problematica circa la quota confiscabile (che avrebbe senso solo ove si trattasse di un'evasione puntuale, circoscritta ed un insussistente, senza effettivo reimpiego) essendosi di contro in realtà realizzato il reimpiego e la confusione totale tra profitti leciti ed illeciti; del resto, al di là dell'impossibilità pratica di accertare la concreta distinzione in caso di lunghi periodi, è del tutto evidente, per legge economica, che le attività lecite non sarebbero state le stesse (con quei volumi e con quei profitti) ove vi fosse stato impiego di capitali minori (solo quelli leciti): dunque l'inquinamento, per definizione e per legge logico-economica, non può non essere omnipervasivo e travolgente».

Particolarmente interessante ai nostri fini è però l'aspetto che riguarda l'applicazione della confisca di prevenzione nei confronti dell'impresa in cui i redditi provenienti dall'evasione fiscale siano stati reinvestiti nell'attività d'impresa, con un devastante effetto amplificatore. La stessa giurisprudenza che si era espressa sull'impossibilità di giustificare la capacità economica del preposto mediante il "nero", di fronte all'impossibilità di distinguere il lecito dall'illecito, ha ritenuto necessario confiscare l'intera impresa, divenuta del tutto illecita a causa del massiccio reinvestimento dei proventi dell'evasione fiscale. È accaduto, quindi, che imprese finanziate con capitale originariamente lecito, che svolgono attività legali, ma in parte finanziate con redditi non dichiarati, siano state ricondotte, essenzialmente per mere esigenze di semplificazione probatoria, al *paradigma* dell'impresa radicalmente *illecita* (ossia creata al solo fine di commettere reati, ad esempio le società-schermo)[585] e dell'impresa *mafiosa*[586]. Concetto, quest'ultimo, che del pari dovrebbe essere maneggiato con cautela; esso invece è stato utilizzato strumentalmente – anche in questo caso si evidenziano esigenze di semplificazione probatoria – per colpire non solo imprese nella diretta disponibilità dell'organizzazione mafiosa e gestite avvalendosi del metodo mafioso, ma anche attività imprenditoriali considerate contaminate in base al giudizio di pericolosità sociale, indipendentemente dall'origine del patrimonio o dalla porzione di interessi di origine illecita[587].

Non solo, allora, nel suo movimento di *iper*-espansione, la *confisca* sembra aver compiuto un salto verso il *passato*, verso quella forma di ablazione generale del patrimonio (*confiscatio bonorum*)[588] attentamente smantellata dagli illuministi, ma è divenuta, al contempo, strumento *del* passato: liberata dalla sua attitudine *preventiva* e ricostruita in ottica *punitiva*, essa tende ad essere applicata in base al mero dato (reale, desunto, presunto, o anche solo supposto) dell'*origine* illecita della ricchezza, senza guardare alla sua destinazione futura e, dunque, senza pensare se e come la misura potrà prevenire futuri reati e, soprattutto, a quali effetti potrà rilasciare nel *futuro.*

2.2. Il delitto di autoriciclaggio come tappa ulteriore della convergenza

[585] Cfr. art. 16, co. 3, d.lgs. 231/2001, il quale sancisce la sanzione dell'interdizione definitiva per l'ente «stabilmente utilizzato allo scopo unico e prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati».
[586] Cfr. art. 24-*ter*, co. 4, che rinvia all'art. 16, co. 3, d.lgs. 231/2001, nonché artt. 20 e 24 Codice Antimafia.
[587] A.M. MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale*, cit., 220; ID., *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali*, in *Dir. pen. cont.–Riv. trim.*, 2015, 1, 337 ss., dove l'A. denuncia un uso spregiudicato della categoria dell'impresa mafiosa da parte della giurisprudenza, al fine di giustificare la confisca generale dei beni; uso al quale invece la sentenza *Cinà* (Cass. pen., sez. V, 17 dicembre 2013, n.18848, su cui v. *infra*) sembrerebbe porre un freno.
[588] A.M. MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale*, cit., 220.

Il delitto di *autoriciclaggio*[589], introdotto con la l. n. 186/2014, recante «*Disposizioni in materia di emersione e rientro di capitali detenuti all'estero nonché per il potenziamento della lotta all'evasione fiscale. Disposizioni in materia di autoriciclaggio*», rappresenta uno snodo centrale della vicenda sinora descritta. Negli ultimi anni, l'eliminazione del «privilegio» di autoriclaggio era divenuta una sorta di *tòpos* ricorrente nei discorsi "sulle riforme", sino a farne una questione di civiltà giuridica, sulla scorta dell'esemplarità già raggiunta da altri Paesi (dove la situazione della punibilità dell'autoriciclaggio si presentava invero molto più incerta di quanto non si crederebbe)[590] e delle sollecitazioni internazionali[591]. L'introduzione di questo delitto era presentata in particolare come un imprescindibile strumento di contrasto della *criminalità organizzata*; cosicché lo scetticismo che aveva caratterizzato il discorso pubblico sull'incriminazione in parola, motivato da serie ragioni garantiste (il rispetto del divieto di autoincriminazione, del *ne bis in idem* sostanziale e di moltiplicazioni sanzionatorie[592]), iniziò ad essere percepito come un eccesso di cautela nel controllo di fenomeni criminali allarmanti, meritevoli di una repressione più penetrante. Tuttavia, a dispetto di questo scopo tanto decantato, il settore della criminalità organizzata era già escluso – in virtù del solito carattere di *eccezionalità* attribuito a questo settore – dal privilegio. Il nostro ordinamento già vantava una collezione di forme di *punizione* dell'autore del reato-presupposto afferente al crimine mafioso: si pensi al *trasferimento fraudolento di valori* (art. 12-*quinquies*, d.l. n. 306/1992) come ipotesi di agevolazione

[589] Nella ormai vasta letteratura sulla fattispecie, ci limitiamo a segnalare: A. DELL'OSSO*, Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale,* Giappichelli, Torino, 2018; ID., *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2015, 2, 796 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648-ter.1 c.p.) ovvero degli enigmi legislativi riservati a solutori "più che abili"*, in G.M. Baccari–K. La Regina–E.M. Mancuso (a cura di) *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, Cedam, 2015, 3 ss.; F. CONSULICH, *La norma penale doppia*. *Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale. Il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 1-2, 55 ss.; A. GULLO, *Autoriciclaggio, voce per Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016*, in www.treccani.it e in *Dir. pen. cont*., 21 dicembre 2015; F. MUCCIARELLI, *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim*., 2015, 1, 109 ss.; C. PIERGALLINI, *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente: un groviglio di problematica ricomposizione*, in *Criminalia*, 2015, 539 ss.; S. SEMINARA, *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1631 ss.; F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di "Autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.,* 2015, 1, 137 ss.

[590] A. DELL'OSSO*, Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale,* cit., 167 ss.

[591] A lungo le fonti internazionali avevano auspicato la repressione di condotte autoriciclatorie, sostenendo la necessità di apprestare una tutela più completa ai mercati finanziari dai turbamenti connessi alle infiltrazioni di denaro illecito. Tuttavia, non sono rinvenibili in materia veri e propri obblighi di incriminazione. Le direttive europee (v. in particolare la "*terza direttiva*" in materia – Direttiva *per la prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo* del 2005) non hanno mai previsto obblighi di incriminazione, prescrivendo solamente di adottare misure volte a prevenire l'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite. Le altre fonti in cui invece è possibile rinvenire veri e propri obblighi di incriminazione (pensiamo in particolare alle 40 Raccomandazioni del GAFI del 1990) tendono invece a non contenere esplicite indicazioni all'autoriciclaggio, consentendo in ogni caso ai singoli Stati di modulare le fattispecie incriminatrici in conformità ai principi di ciascun ordinamento.

[592] F. CONSULICH, *La norma penale doppia*. *Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale. Il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 1-2, 55 ss.

dolosa del riciclaggio tipicamente applicata nei confronti delle consorterie mafiose, all'aggravante di cui all'art. 416-*bis*, co. 6, c.p. e, infine, alla legislazione di prevenzione che già consentiva di aggredire il patrimonio del preposto anche in caso di reimpiego. Semmai, allora, l'introduzione dell'autoriciclaggio può essere descritta come l'ennesimo passo di avvicinamento del paradigma repressivo della criminalità economica comune verso quello della criminalità organizzata.

Dotato di limiti edittali elevati, subito accessoriato di conseguenze confiscatorie (art. 648-*quater*), immediatamente introdotto nel sistema "231" in funzione di apertura del catalogo (art. 25-*octies* d.lgs. 231/2001)[593], il reato diviene una sorta di presidio di ultimo livello della lotta alla criminalità del profitto. Oltre a rafforzare, com'è ovvio, gli effetti repressivi del reato presupposto, divenendone appendice quasi scontata[594] e allo stesso tempo temibilissima per gli effetti sanzionatori che comporta – essendo probabile che in una contestazione in continuazione esso rivesta il ruolo di "reato più grave", ma anche per i mezzi di ricerca della prova cui potrebbe dare accesso[595]–, l'autoriciclaggio sembra pensato per funzionare come un dispositivo di raccolta delle plusvalenze illegali; uno strano dispositivo *diabolico*, naturalmente produttivo di progressioni geometriche delle condotte penalmente rilevanti e, quindi, della stessa ricchezza *illecita* (il provento illecito autoriciclato potrà essere autoriciclato all'infinito, producendo un prezzo, un profitto ed un prodotto ulteriore[596] rispetto a quello del reato-base) che prontamente – mediante l'attivazione delle confische – si prefigge di incamerare, assuma essa in origine forma di accrescimento del patrimonio o di risparmio di spesa[597]. Del resto, in riferimento a questa seconda ipotesi (utilità oggetto di riciclaggio come risparmio di spesa), benché la dottrina continui legittimamente a manifestare dubbi[598], le voci tanto del legislatore europeo[599] che del legislatore italiano[600], nonché della

[593] M. GALLI, *Dentro il castello dei destini incrociati. La responsabilità dell'ente da autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1-2, 2016, 100 ss.
[594] F. SGUBBI, *Il nuovo delitto di "Autoriciclaggio",* cit., 137 ss.; A.M. DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative*, cit., 796 ss.
[595] A.M. DELL'OSSO, *Il reato di autoriciclaggio*, cit., 796 ss.
[596] Cfr. da ultimo Cass. pen., sez. II, 07 giugno 2018, n. 30401, in *Guida al dir.*, 2018, 32, 63 ss., dove si chiarisce che, ad ogni modo, il prodotto, il profitto o il prezzo del reato di autoriciclaggio non coincide con quello del reato presupposto, ma è da questo autonomo in quanto consiste nei proventi conseguiti dall'impiego del prodotto, del profitto o del prezzo del reato presupposto in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative. In particolare, ove il reato presupposto sia quello di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti *ex* art. 8 d.lg. n. 74/2000 è del tutto evidente che la somma costituente il profitto e/o prezzo ricavato dal reato presupposto – già sottoposta a sequestro finalizzato alla confisca ex art. 12-bis, d.lg. n. 74/2000 – non può nuovamente essere sottoposta a sequestro, seppure per altro titolo, proprio perché non può essere considerata come il prodotto, il profitto o il prezzo del reato di autoriciclaggio. Ne consegue che oggetto di un eventuale sequestro finalizzato alla confisca di cui all'art. 648-*ter*.1 c.p., può essere solo ed esclusivamente il profitto ricavato dal reinvestimento di quella parte del denaro proveniente dall'illecito tributario, quale reato presupposto.
[597] Si arriva infatti a ipotizzare che qualunque investimento di denaro nella propria azienda o comunque in un'attività economica in misura corrispondente all'imposta evasa, successivo alla evasione, concretizzi la condotta di autoriciclaggio.
[598] V. ad. es. A. GULLO, *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2018.
[599] Cfr., da ultimo, la Direttiva del 2015 in materia di prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, del 20 maggio 2015, la quale dopo aver definito all'art, 3, co.

giurisprudenza[601], manifestano una piena concordia sulla compatibilità tra il delitto di (auto)riciclaggio e i reati tributari; viene anzi da credere che sia soprattutto in riferimento alle *utilitates* derivanti da questo tipo di illeciti che l'art. 648-*ter.1* c.p. – in questa *sedes materiae* il reato ha, peraltro, visto la luce – sia stato pensato.

L'aspirazione macroeconomica dell'autoriciclaggio è, del resto, manifesta. Gli studi in materia di *money laundering* davano per acquisita la proiezione dell'incriminazione in un orizzonte *macroeconomico*[602]; solo in questo ambito, infatti, la condotta di autoriciclaggio sembra assumere un contenuto di offensività totalmente autonomo rispetto ai reati presupposto. La fattispecie uscita dal legislatore conserva quest'aspirazione, attraverso la vocazione finalistica dell'impiego in «attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative». Tuttavia, opta per una fisionomia *involutiva,* che almeno in parte tradisce allora l'idea-guida dell'inaugurazione di una "moderna" linea politico-criminale, tutta proiettata sulla tutela del sistema finanziario dalle infiltrazioni di capitali illeciti: valorizzando il momento dell'occultamento «in concreto» e dettagliando il trattamento sanzionatorio sulla gravità del reato presupposto, l'art. 648-*ter.1* c.p. delinea una fattispecie *plurioffensiva*[603], ancora molto proiettata sulla tutela dell'amministrazione della giustizia e sul bene di volta in volta tutelato dal reato-presupposto; cosicché, adombrando l'esistenza di un *continuum* di disvalore tra i due delitti, essa tende a ricreare una tipica dinamica di *accessorietà*, da reato "di prima generazione" ancora afferente alla logica del *délit obstacle*.

3. L'*iper*-espansione della strategia politico-criminale patrimoniale: crisi "per mano dello Stato"? La frustrazione della "funzione sociale" della confisca

Il diritto penale economico poggia oggi su un tappeto di strumenti ablatori riconducibili al *genus* della *confisca*, un *nomen iuris* utilizzato per indicare una pluralità di istituti anche marcatamente differenti tra loro per natura giuridica, funzioni, presupposti, modalità e ambito di applicazione, destinatari, oggetto[604].

4, quale attività criminosa rilevante ai fini del riciclaggio, «qualsiasi tipo di coinvolgimento criminale nella perpetrazione dei seguenti reati gravi», vi inserisce espressamente i reati fiscali.

[600] Nell'ambito della "Relazione della Commissione Ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata (D.M. 10 Giugno 2013)", – Commissione presieduta dal Prof. Fiandaca –, si prende espressamente posizione a favore dell'autoriciclaggio anche dei proventi del delitto tributario. Tale scelta, ad avviso della dottrina, si pone «in continuità con i costanti inviti a contrastare il riciclaggio da frode fiscale da parte della normativa internazionale e della Banca d'Italia che, nelle «Istruzioni operative per l'individuazione di operazioni sospette» del 12 gennaio 2001, ha conferito rilevanza anche ai reati presupposto intesi ad evitare esborsi o comunque diminuzioni patrimoniali, tra cui si pongono tipicamente i delitti di frode fiscale».

[601] V. da ultimo Cass. pen., sez. II, 07 giugno 2018, n. 30401, cit.

[602] A. DELL'OSSO*, Riciclaggio di proventi illeciti*, cit., 5 ss.

[603] *Ivi*, 181.

[604] Cfr. E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Giappichelli, Torino, 2012, 2.

Se è vero dunque che *confische* al plurale bisognerebbe parlare[605], d'altra parte tutte le *confische* contengono un tratto insopprimibile, che è quello di implicare una forma di ablazione coattiva di beni, con contestuale attribuzione definitiva e perpetua degli stessi allo Stato. Si tratta infatti di un meccanismo che mira a sottrarre ricchezza illecita per convertirla in ricchezza lecita, da destinare a finalità pubbliche; così almeno sin da quando il *fiscus,* ossia il tesoro dell'imperatore romano da cui ha origine il termine "*confiscare*", venne riunito all'*aerarium populi*[606]. È dunque per definizione strumento che attua un trasferimento di ricchezza dai circuiti criminali nelle casse dello stato e – si tende a pensare – nelle tasche dei cittadini. Da qui sembra originare la *mitologia* della vantaggiosità economica e della desiderabilità sociale, oltre che politico-criminale, della confisca. Questa *mitologia* ha preso piede negli anni della crisi, durante i quali abbiamo assistito ad una vuota retorica dell'incameramento patrimoniale, tesa ad esaltare le magnifiche e progressive sorti della confisca, senza tenerne tuttavia in debito conto i costi[607].

È vero invece che la confisca è strumento che ha come primo effetto di produrre *miseria* e che la sua vantaggiosità economica e la sua desiderabilità sociale (posto che una *confisca* condotta all'ombra dei principi non dovrebbe mai essere considerata "desiderabile") dipendono da una serie di fattori, quali la tipologia di beni sottoposti a confisca, i loro costi di gestione, la capacità dello stato di convertirli in ricchezza

---

[605] Così, A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., 2110.

[606] Il termine *confisca* deriva dal verbo *confiscare*, dall'omografo verbo "*confiscare"*, a sua volta derivato, come verbo denominale dal termine *fiscus*, con l'aggiunta del prefisso *cum*. Il termine *fiscus*, che inizialmente indicava un generico cesto di vimini utilizzato per raccogliere il denaro, ha assunto una speciale accezione giuridica solo nel periodo storico che prende il nome di Principato, venendo così ad indicare il tesoro dell'imperatore, quale cespite distinto dal patrimonio della città (indicato con la diversa espressione *aerarium populi*, vale a dire il patrimonio dell'ente sovrano distinto dalle ricchezze dei singoli cittadini). Solo successivamente, il fisco venne ad assorbire al suo interno l'*aerarium*, assumendo la struttura di una cassa generale dello Stato. É proprio con riferimento a quest'ultima nozione di cassa generale statale che in epoca moderna si parla, nel linguaggio giuridico corrente, di *confisca*, ad evocare l'idea di un incameramento coattivo di beni da parte di un ente pubblico o sovrano. Per una ricostruzione delle origini storiche dell'istituto cfr. A.M. MAUGERI, *voce* Confisca (diritto penale), in *Enc. Dir.*, Annali VIII, 2015, Milano, 185 ss.; F. VERGINE, voce Confisca, in *Dig. pen*., Torino, 2013; L. FORNARI, voce *Confisca* (dir. pen.), in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. II, Milano, 2006, 1250 ss.

[607] Cfr. C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confische, ma anche bonifiche giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2012, 5: «è diffuso un modo di pensare secondo cui la lotta contro le infiltrazioni mafiose nell'economia va condotta soprattutto, se non esclusivamente, con l'incameramento statale dei beni ritenuti di illecita provenienza. E del resto, le autorità di governo hanno negli ultimi anni alimentato sistematicamente questa credenza, snocciolando a più non posso numeri a raffica di sequestri e confische per celebrare le "magnifiche sorti e progressive" del contrasto ai patrimoni mafiosi. Non è da escludere, poi, che gli stessi apparati di *law and enforcement* in qualche modo finiscano per essere influenzati da tale modo di vedere: soltanto il sequestrare e confiscare patrimoni e financo intere aziende, infatti, incrementa le *perfomances* dei rispettivi uffici e la relativa reputazione pubblica. Mentre altre tipologie di intervento – come appunto la temporanea amministrazione giudiziaria di un'azienda seguita da un suo "riallineamento" e quindi da una celere revoca – risultano poco attraenti per chi è chiamato a selezionare oculatamente i settori più promettenti nei quali investire tempo, uomini e mezzi. In altre parole: che nel procedimento di prevenzione patrimoniale nei confronti di una grande azienda non si sia pervenuti alla confisca potrebbe esser considerato addirittura un mezzo infortunio giudiziario su cui è preferibile non soffermarsi».

pubblica, il numero di persone attinte dalla misura e via dicendo. É vero inoltre che più le confische tendono ad allargarsi, più aumenta il rischio che esse riversino effetti tutt'altro che desiderabili sui terzi innocenti e sull'intera collettività[608].

L'istituto di cui parliamo trova una certa base di legittimazione nell'art. 42, co. 2, della Costituzione, dove la garanzia costituzionale della proprietà è circoscritta alle forme di tale esercizio volte al perseguimento di una *funzione sociale*, sancendo l'obbligo del legislatore di stabilire i *limiti* della proprietà privata al fine di garantire tale funzione; poiché la commissione di un reato costituisce un uso del diritto di proprietà non conforme alla sua «funzione sociale», esso sarebbe tale da giustificarne la perdita[609]. Non solo, la garanzia costituzionale della proprietà non sembra potersi estendere a cose derivate da attività criminali, perché l'art. 42 della Costituzione stabilisce che i modi di acquisto della proprietà devono essere legislativamente prefissati, e nel nostro ordinamento il reato non viene riconosciuto come «modo di acquisto» di tale diritto[610].

Tuttavia, questi *limiti* sembrano valere anche per colui che attua la limitazione del diritto di proprietà, ossia lo Stato.

> Il mito della *confisca* come strumento *economicamente vantaggioso* e *socialmente desiderabile* era stato invero già smascherato in epoca illuminista, quando l'antico istituto della "confisca generale dei beni" [611] venne poi abbandonato in favore di una confisca improntata al

[608] Parla di istituto «altamente *rights-sensitive,* al cospetto delle conseguenze incapacitanti rispetto al reso, così come dei gravi effetti di *overspill*, in termini di neutralizzazione economica *non limitata* all'autore del fatto», V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, 1262.

[609] Cfr. G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali),* in *Dig. disc. pen*., VII, 1994, 114, ove si evoca anche l'art. 41 Cost., che vieta all'iniziativa economica privata di svolgersi in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana; ID., *Le misure patrimoniali nelle fonti internazionali ed europee ed il sistema penale italiano*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, Giuffré, 2016, 16, per cui le misure patrimoniali in questione potrebbero «trovare una base di legittimazione sostanziale proprio nei limiti che la stessa Costituzione pone all'esercizio dell'attività economica e al diritto di proprietà», ed armonizzarsi con l'obiettivo — individuato sul piano della "Costituzione economica" — di «prevenire l'infiltrazione criminale quale fattore di inquinamento del sistema economico e di distorsione del funzionamento del mercato». V. inoltre A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo,* Giuffré, Milano, 2001, 669; ID., *La responsabilità da reato degli enti*, cit., 758; ID., voce *Confisca*, cit., 203 ss.

[610] A.M. MAUGERI, voce *Confisca*, cit., 203 ss. Sviluppa le conseguenze di questo ragionamento F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano* , in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 610 ss., il quale propone di pensare «alla confisca dei profitti da reato al di fuori del processo penale non già come a una sanzione penale mascherata per il reato, ma come a una mera limitazione del diritto di proprietà, legittimata direttamente dall'art. 42 Cost. Una strada, si noti, ampiamente percorsa anche da altri ordinamenti contemporanei, in particolare di tradizione anglosassone, che da tempo conoscono questa tipologia di ablazione patrimoniale, considerandola — appunto — come misura non penale, e per questo compatibile con i rispettivi principi costituzionali».

[611] La confisca nel diritto romano dell'epoca repubblicana, denominata con l'espressione di *publicatio bonorum*, si manifestava nell'ablazione, a favore dell'erario del popolo romano, dell'intero patrimonio dell'individuo come conseguenza automatica, insieme alla perdita della qualità di cittadino, della condanna a morte o dell'esilio: si trattava, quindi, di una misura particolarmente pregiudizievole, operante in automatica connessione con la cancellazione del soggetto dall'ordinamento di cui faceva parte attraverso la perdita del proprio *status*. In quanto la morte prima della condanna escludeva l'applicazione

carattere di pertinenzialità della *res* rispetto al reato[612]. *Cesare Beccaria* mosse fortissime critiche all'istituto delle "confiscazioni". Oltre a sottolinearne il carattere marcatamente repressivo, egli manifestò preoccupazioni per un istituto capace di provocare «lusinga col bene momentaneo e colla felicità di alcuni illustri», ma «sprezzando l'esterminio futuro e le lacrime d'infiniti oscuri». «Le confische mettono un prezzo sulle teste dei deboli», diceva *Beccaria*, «fanno soffrire all'innocente la pena del reo e pongono gl'innocenti medesimi nella disperata necessità di commettere i delitti. Qual piú tristo spettacolo che una famiglia strascinata all'infamia ed alla miseria dai delitti di un capo, alla quale la sommissione ordinata dalle leggi impedirebbe il prevenirgli, quand'anche vi fossero i mezzi per farlo!» [613].

L'*iper*-espansione degli strumenti ablatori – non diciamo provocata solo dal contesto di *crisi economica*, ma sicuramente da tale contesto alimentata e legittimata – presenta una serie di ricadute negative ed effetti degradanti: anzitutto per i soggetti direttamente appresi dal provvedimento penale; inoltre per i terzi che, vantando dei diritti sui beni,

---

della confisca, così permettendo la trasmissione del patrimonio agli eredi, non era raro l'uso del suicidio in funzione antifiscale. Nel periodo del Principato, non viene persa la distinzione fondamentale tra questo tipo di ablazione patrimoniale integrale e le ablazioni coattive di singoli beni in quanto collegati ad un atto illecito, che pur non mancavano nel diritto romano. Soltanto l'ablazione integrale, infatti, aveva effetti dirompenti nel senso di emarginare socialmente e politicamente i soggetti che la subivano: una strumentalizzazione, questa, che oltre a caratterizzare il diritto romano (ad esempio con la *Lex Acilia*), ha dato la propria impronta anche al diritto medievale, fino ad arrivare, poi, all'età moderna. Nel basso medioevo e fino al XVIII secolo, la confisca venne utilizzata come strumento di acquisizione della totalità del patrimonio del reo a fini di persecuzione politica ed ideologica (per esempio contro gli eretici), senza procedere ad alcuna individuazione del *quantum* e senza preoccuparsi del riferimento ad un preciso delitto. Tra gli utilizzi abusivi dell'istituto, si deve poi rammentare la sua finalizzazione al reperimento di fondi necessari al risanamento del bilancio pubblico. La "confisca generale dei beni" continuerà poi a ricorrere tra le sanzioni più incisive dell'*Ancien Regime*, accanto alla pena di morte ed all'esilio cui spesso era abbinata. Cfr. A.M. MAUGERI, voce *Confisca*, cit., 203 ss..

[612] Se varie furono le vicende della misura della confisca nei codici preunitari (in cui la misura ablatoria compariva principalmente nella forma di pena accessoria applicabile agli *instrumenta sceleris*, o come confisca obbligatoria delle cose intrinsecamente criminose, mentre le ipotesi di confiscabilità del profitto, del prodotto e del prezzo del reato comparivano solo in forma embrionale), il Codice Penale Zanardelli del 1889, contiguamente rispetto alle previsioni del Codice Sardo che andava a sostituire, si caratterizzava per alcuni elementi di originalità, distinguendo una confisca obbligatoria, che insisteva sui beni di cui «la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o la vendita» costituisse di per sé reato, *sempre* ordinata dal giudice, anche in difetto di condanna ed in caso di altruità della *res*, da una confisca *facoltativa* da applicarsi al prodotto del reato (secondo il principio del *turpia lucra extorquenda sunt*), irrogata *discrezionalmente* sulle sole cose di proprietà del condannato (v. *ibidem*).

[613] «Una tale questione è suscettibile di differenti aspetti. Il perdere i beni è una pena maggiore di quella del bando: vi debbono dunque essere alcuni casi in cui, proporzionalmente a' delitti, vi sia la perdita di tutto, o di una parte dei beni, ed alcuni no. […] Ma non è per questa sottigliezza che oso disapprovare le confiscazioni dei beni. Se alcuni hanno sostenuto che le confiscazioni sieno state un freno alla vendette ed alle prepotenze private, non riflettono che, quantunque le pene producano un bene, non però sono sempre giuste, perché, per esser tali, debbono esser necessarie; ed una utile ingiustizia non può essere tollerata da quel legislatore che vuol chiudere tutte le porte alla vigilante tirannia, che lusinga col bene momentaneo, e colla felicità di alcuni illustri, sprezzando l'esterminio futuro e le lacrime di infiniti oscuri. Le confiscazioni mettono un prezzo sulle teste dei deboli, fanno soffrire all'innocente la pena del reo, e pongono gli innocenti medesimi nella disperata necessità di commettere i delitti. Qual più tristo spettacolo, che una famiglia trascinata all'infamia ed alla miseria dai delitti di un capo, alla quale la sottomissione ordinata dalle leggi, impedirebbe il prevenirli, quando anche vi fossero i mezzi per farlo!». Così, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Pisapia, Milano, 1973, 66-67. Si veda inoltre l'art. XLV della Riforma penale di Pietro Leopoldo del 1786 (II ed. uff., Firenze, 1786, riproposta in *La riforma penale di Pietro Leopoldo*, a cura di Zuliano, II, Milano, 1995, 179 ss.)

vengono indirettamente colpiti dal provvedimento; infine, per i diritti sociali di quei soggetti che subiscono gli effetti – neppure indiretti, ma – *collaterali* delle confische (in particolare, i lavoratori delle aziende colpite dai provvedimenti), nonché per il sistema economico nel suo complesso[614].

Il tema della gestione delle aziende sotto sequestro, molto dibattuto nel discorso pubblico, ma poco approfondito sul piano scientifico[615], si presenta assai complesso e non intendiamo in esso avventurarci. Ci limitiamo qui a constatare che i dati statistici raccolti sulla base di un'analisi empirica condotta sull'amministrazione delle aziende sotto sequestro ci restituiscono il quadro di un'ecatombe di enti[616]. In molti casi, insieme alla criminalità che alligna nelle imprese (e, in una visione pessimista, al posto di questa), pare che siano state neutralizzate le imprese stesse[617], ridotte a carcasse prive di valore.

Cosicché, in un contesto economico di per sé disastrato, pare che sia stata in molte occasioni la stessa mano dello Stato, impegnata in una lotta senza frontiere alle attività illecite, a mettere in ginocchio le attività produttive; il tutto, ovviamente, passando dalla frustrazione dei diritti delle persone attinte, direttamente, indirettamente o in via collaterale, dai provvedimenti. Legittimando l'incameramento dei beni sulla base della *funzione sociale* della proprietà sancita dall'art. 42, co. 2, Cost., lo Stato dimenticava, a sua volta, di assicurare tale funzione.

È ovvio peraltro che dietro al dato, comunque impressionante, del fallimento delle imprese amministrate per mano dello Stato si annidano spiegazioni che chiamano in causa responsabilità che non possono essere imputate né al legislatore, né al giudice incaricato, né al singolo amministratore (prima avvinto nel dilemma tra la scelta di gestire o liquidare l'impresa e poi, eventualmente, su come gestirla)[618], ma che attengono alla caratterizzazione *illecita* delle imprese stesse, le quali nascono o si evolvono in un rapporto di strettissima dipendenza con il crimine; per cui, recisi i legami con i "normali" canali di finanziamento, esse perdono ogni possibilità di mostrarsi competitive sul mercato. Il punto è tuttavia che i sequestri si sono estesi – con le modalità che abbiamo visto sopra – anche ad imprese non radicalmente compromesse con l'illecito, ma, al più, inquinate da modalità criminali di ottenimento dei profitti, spesso anche indipendentemente da qualsiasi contatto con le organizzazioni criminali.

---

[614] Secondo i dati delle Camere di Commercio sono 17.838 le imprese sequestrate, per un totale di 250mila addetti e un valore di 21,7 miliardi di euro.

[615] Segnaliamo però in tema l'eccellente saggio di M. MAZZAMUTO, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, in *Giur. It.*, 2013, 477 ss., nonché le riflessioni di C. VISCONTI, *Strategie di contrasto*, cit., 718 ss.

[616] E. MEZZETTI, *L'enticidio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.,* 2018, 1, 133 ss.

[617] Uno studio «Transcrime», centro di ricerca dell'Università Cattolica di Milano ha rivelato che solo il 15% delle aziende tra quelle sottoposte a controllo statale nel periodo che va dal 1983 al 2013 è ancora attiva. Cfr. *Transcrime* (2013) Progetto PON sicurezza 2007-2013 *Gli investimenti delle mafie*, rapporto di ricerca, Milano, Transcrime.

[618] Cfr. ad esempio G.B. TONA, *Gestire o liquidare? I dilemmi dell'amministratore giudiziario e le aspettative dei creditori nei grovigli del Codice Antimafia*, in *Leg. Pen.*, 2012, 223 ss.

3.1. Verso un uso più accorto del paradigma confiscatorio: un contro-movimento nell'opera della giurisprudenza

E tuttavia, ad un certo punto pare che gli stessi giudici che avevano promosso un'applicazione *iper*-espansa della confisca si siano avveduti di come il sistema delle misure patrimoniali, troppo proiettato al risultato dell'incameramento dei beni ed al loro *passato*, mancasse di un confronto con i suoi effetti concreti e con il contesto della sua applicazione, con conseguenze negative sui medesimi interessi che con l'intervento patrimoniale si pretendeva di tutelare. Il *diktat* de «il delitto non paga» stava conducendo il sistema della giustizia penale patrimoniale verso un rigore parossistico, nocivo rispetto a quelli che avrebbero voluto essere i suoi stessi obiettivi; come se un mercato integro e improntato a principi di concorrenza foss'altro che un mercato vitale e attento alle esigenze dell'occupazione.

Della necessità di ricalibrare il sistema delle confische alla luce delle sue ricadute concrete si è fatta dunque portavoce una parte della giurisprudenza, la quale in più occasioni ha dimostrato un atteggiamento prudente, conforme al principio di proporzione di ogni procedimento sanzionatorio e ablatorio, ispirato dalla necessità di salvaguardare l'accettabilità sociale delle ingerenze della giustizia sull'universo imprenditoriale, restituendo al *futuro* un maggiore peso rispetto al *passato.*

All'interno del filone giurisprudenziale diretto ad estendere oltre misura la confisca dei profitti illeciti nei confronti dell'ente, si devono segnalare esempi – pur episodici – di un certo *self-restraint* rispetto all'utilizzo delle misure più incisive e paralizzanti dell'attività d'impresa previste nel d.lgs. 231/2001[619]; atteggiamento, questo, che va di pari passo con la difesa del principio di *frazionabilità* delle misure interdittive (e, quindi, del commissariamento giudiziale[620]), con l'effetto di contenere tali misure ai soli "comparti aziendali" direttamente interessati dalla commissione degli illeciti.

Un capitolo importante di questo contro-movimento si colloca lungo l'asse ideale che separa la criminalità *mafiosa* da quella *comune*, manifestando la tendenza questa volta a contenere il paradigma repressivo pensato per la prima categoria.

Segnaliamo in particolare quella giurisprudenza della Corte di Cassazione che, in controtendenza rispetto ad un utilizzo spregiudicato della categoria dell'*impresa*

---

[619] V. ad es. T. TRINCHERA, *Caso ILVA: la Cassazione esclude la confisca per equivalente del profitto dei reati ambientali*, in *Dir. pen. cont.,* 11 febbraio 2014. La sentenza è Cass., sez. VI pen., 20 dicembre 2013 (dep. 21 gennaio 2014), n. 3635, dove si è affermato che: «perché si possa individuare un profitto assoggettabile a sequestro e poi a confisca, ai sensi dell'art. 19 e 53 del d.lgs. n. 231/2001, è necessario «che si verifichi, quale diretta conseguenza della commissione del reato, uno spostamento reale di risorse economiche, ossia una visibile modificazione positiva del patrimonio dell'ente, evitando improprie assimilazioni tra la nozione di profitto del reato, inteso quale reale accrescimento patrimoniale, e la causazione di meri danni risarcibili relativi a risparmi di spesa indebitamente ottenuti dall'ente per effetto della mancata esecuzione di opere di risanamento ambientale»; M. PELAZZA, *Patteggiamento in un procedimento per omicidio colposo del lavoratore: per l'ente escluse confisca e misure interdittive*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2012.

[620] V. ad es. A. PANETTA, *Responsabilità da reato degli enti: più certi i confini per l'applicazione in sede cautelare del principio di frazionabilità delle sanzioni interdittive e nomina del commissario giudiziale*, in *Cass. pen.*, 2011, 3536 ss.

mafiosa a giustificazione della confisca generale dei beni del condannato o preposto, segnala la necessità che il provvedimento ablatorio sia «rispettoso del generale principio di *equità*» e che, per non contrastare il principio costituzionale di cui all'art. 42 Cost., esso non possa coinvolgere il bene nel suo complesso, ma, «nell'indispensabile contemperamento delle generali esigenze di prevenzione e difesa sociale con quelle di garanzia della proprietà privata» debba essere «limitato al valore del bene, proporzionato all'incremento patrimoniale ingiustificato per il reimpiego in esso effettuato di profitti illeciti»[621].

In particolare, si è affermata l'esigenza – nell'ipotesi di immissione di proventi di attività illecite in altre, già nella disponibilità del soggetto o di terzi in forza di anteriore e legittimo titolo giustificativo, che vengono in tal modo accresciute o migliorate – che il provvedimento di confisca vada a «colpire soltanto gli investimenti di origine ingiustificata, atteso che il provvedimento ablatorio non può coinvolgere il bene "inquinato" nel suo complesso, ma, nell'indispensabile contemperamento delle esigenze di prevenzione e difesa sociale con quelle private di garanzia della proprietà tutelabile (art. 42 Cost.), deve limitarsi alla quota ideale corrispondente all'incremento di valore dovuto all'immissione di capitale di non chiarita provenienza»[622]. In un caso in cui la Corte d'Appello aveva deciso che la confisca (si trattava della confisca obbligatoria *ex* art. 416-*bis*, co. 7, c.p.) dovesse estendersi all'intero patrimonio societario facente capo al ricorrente, la Cassazione ha scolpito il principio per cui «in tutti i casi in cui non ci si trovi in presenza di una "impresa mafiosa" – nella quale vi sia cioè *totale* sovrapposizione fra la compagine associativa e la consorteria criminale o, comunque, l'intera attività d'impresa sia "inquinata" dall'ingresso nelle casse dell'azienda di risorse economiche provento di delitto, di tal che risulti impossibile distinguere tra capitali illeciti e capitali leciti –, il giudice è tenuto a motivare in modo puntuale in ordine alla sussistenza del nesso di pertinenza fra cespiti oggetto di vincolo reale e attività illecita e, specificamente, in ordine alla strumentalità di parte o di tutta l'azienda rispetto alla realizzazione degli scopi della consorteria criminale ovvero di investimento – e quindi di reimpiego – dei capitali illeciti nel circuito imprenditoriale»[623]; dovendo quantomeno dimostrarsi che «l'imprenditore abbia, quantomeno, sfruttato la sua qualità mafiosa per crearsi condizioni di favore, ponendo in essere una qualsiasi delle attività idonee ad imporre, illecitamente, l'impresa sul mercato (sviamento della concorrenza, acquisizione di beni strumentali o di consumo a prezzi ingiustificatamente vantaggiosi, controllo mafioso della manodopera, etc.), perché solo in questo caso può dirsi – stando al dettato normativo – che l'incremento patrimoniale è "frutto di attività illecite"»[624].

Un medesimo atteggiamento è da rintracciarsi sul piano dei procedimenti di prevenzione, dove si registra la propensione ad applicare, in luogo della confisca, la

[621] Cass. pen., 24 maggio 2012, n. 19623, *Spinelli*, in *Banca dati DeJure.*
[622] Cass. pen., sez. I, 17 maggio 2012, n. 25646, in *Dir.&Giust.*, 2012, 2 luglio.
[623] Cass. pen., sez. V, 17 dicembre 2013, n.18848, "*Cinà*" in *Banca dati DeJure*, su cui A.M. MAUGERI, *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa*, cit., 350 ss.
[624] *Ibidem.*

misura dell'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 del Codice Antimafia, e di questa a valorizzare quanto più possibile le capacità terapeutiche. Si rammentano in proposito alcune esperienze del Tribunale di Milano[625], in cui i giudici hanno utilizzato il potere discrezionale loro assegnato dal Codice per dare vita a figure *ante litteram* di controllo giudiziario (istituto che sarebbe stato dotato di piena autonomia soltanto con la l. n. 161/2017), imponendo, in luogo dello *spossessamento gestorio* (misura ritenuta «*sproporzionata, sanzionatoria e rischiosa sul piano della gestione aziendale*»), la mera sottoposizione dell'impresa alla vigilanza dell'amministratore. È infatti accaduto che, dopo un periodo di monitoraggio inteso per lo più a chiarire il tipo di influenze illecite penetrate nell'ente – nonché a individuare i soggetti conniventi o "troppo distratti" rispetto a sollecitazioni di tipo criminale – il Tribunale abbia optato per non invadere il campo riservato ai gestori degli enti preposti, preferendo dunque non trasferire il rischio di impresa a carico dell'amministrazione giudiziaria, bensì di affiancare l'ausiliario agli organi societari. L'amministratore non è stato dunque incaricato di sostituirsi ai gestori dell'ente, bensì di controllare, mediante *controfirma*, gli atti più rilevanti compiuti dall'ente nonché di vigilare sulle liquidazioni di tutti i corrispettive, allo scopo di tenere sotto controllo le dinamiche di pressione interne ed esterne, cogliendo eventuali anomalie nei rapporti con il personale e con i fornitori e collaboratori. A questo approccio prudente, è conseguito un risultato certamente innovativo, con l'introduzione e la sperimentazione di metodologie reattive e preventive non solo imposte dal Tribunale, ma anche – e soprattutto – concertate con gli enti *monitorati*, e talora persino spontaneamente adottate da essi, per affrontare le rilevate infiltrazioni e per prevenirne rischi di aggravamento o di reiterazione[626].

---

[625] Cfr. C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2012; ID., *Ancora una decisione innovativa del tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali* (Trib. Milano, Sez. misure di prevenzione, decr. 24 giugno 2016, Pres. Roia, Est. Tallarida), in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2016. G. CAPECCHI, *La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità* (Commento a trib. Milano, sez. Autonoma misure di prevenzione, decreto 27 gennaio 2017, pres. Roia, giud. Tallarida e Pontani), in *Dir. pen. cont.*, 4 ottobre 2017. V. inoltre G. PIGNATONE, *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2015.

[626] Nel caso di *Trib. Milano, Sez. Autonoma Misure di Prevenzione, decreto 27 gennaio 2017,* cit., che ha riguardato una grande società interessata da un procedimento di prevenzione sottoposto all'art. 34, sono state previste, tra le metodologie spontanee d'impresa: a) dimissioni di tutti i componenti del Cda e dell'amministratore delegato, con decorrenza ad intervenuta approvazione del bilancio di esercizio, stante anche la particolarità della procedura in relazione alla caratteristica di società quotata in Borsa, "atto non comune, e si immagina molto sofferto"; b) rimessione delle deleghe per la sola gestione ordinaria al Presidente ed al Consiglio di amministrazione, con l'effetto positivo di consentire «che il bilancio venga approvato, anche per ridurre i tempi del procedimento, dall'organo di gestione che ha sviluppato l'attività di impresa nell'annualità di riferimento», così da consentire anche al Tribunale di «monitorare la celerità ed il rispetto dei tempi di approvazione e di rimodulare in qualsiasi momento le forme dell'amministrazione giudiziaria in essere attraverso interventi eventualmente più incisivi»; c) costituzione della Società come parte civile nei processi penali pendenti e presentazione di denuncia-querela per il reato di corruzione tra privati a carico dei soggetti intranei ed estranei coinvolti. Tra le metodologie concordate tra l'impresa e l'amministratore giudiziario: a) individuare da parte del *management*, anche con l'ausilio di consulenti esterni, le aree aziendali maggiormente sensibili, avviando anche la riorganizzazione delle stesse principali funzioni manageriali; b) rivisitare le procedure di

3.2. …e del legislatore

Pur con un certo ritardo, anche il legislatore ha infine individuato la necessità di rivedere l'equilibrio esistente tra gli interessi in gioco. All'interno del movimento di *iper*-espansione delle misure patrimoniali – che, come abbiamo ricordato, è proseguito anche con la l. n. 161/2017 – è possibile riconoscere una sorta di contro-movimento, teso a ridimensionare la voracità complessiva del sistema, allentando la morsa, troppo spesso letale, della mano statale intorno alle imprese "inquinate" da interessi illeciti.

Una vicenda *apripista*, per quanto solo parzialmente riconducibile all'ambito della lotta ai profitti illeciti[627], è quella che ha riguardato gli stabilimenti *Ilva*. Senza poterci qui addentrare nella specificità della vicenda, basterà richiamare l'emanazione del decreto c.d. "*Salva-Ilva*" (d.l. 3 dicembre 2012, n. 207), poi convertito in legge (l. 2012, n. 231) [628], allo specifico fine di *neutralizzare* gli effetti paralizzanti provocati dall'emanazione di un provvedimento di *sequestro* "senza facoltà d'uso", sostanzialmente confermato anche dal Tribunale del riesame. Pur trattandosi di un

---

assegnazione di opere e servizi al fine di garantirne la piena trasparenza e verificabilità, «in special modo con riferimento alla funzione di Information Technology« che come noto può condizionare le scelte anche sulla base della minore o maggiore visibilità delle imprese pubblicizzate; c) filtrare ed estirpare le infedeltà e le inefficienze tra le risorse umane adibite ai settori nevralgici ed in particolare, nel caso di specie, al «settore degli allestimenti, in cui si è licenziato il dirigente del Gruppo che svolgeva la funzione di A.D. all'epoca della assegnazione del noto appalto al consorzio» riconducibile all'indagato per delitti di mafia e riciclaggio, «seguendone poi le dimissioni dell'intero consiglio di amministrazione» ed il «licenziamento anche dell'amministratore delegato in carica al momento del rinnovo del contratto al citato consorzio, nel frattempo sostituito con un Amministratore Unico reperito sul mercato»; d) commissionare a consulenti esterni "una approfondita analisi e ricostruzione dei rapporti intercorsi con il Consorzio obiettivo delle indagini penali"; e) nominare un nuovo Organismo di Vigilanza; f) licenziare i dipendenti "richiamati" nei provvedimenti del Tribunale di Milano, "mentre altri dipendenti responsabili di fatti di minore gravità sono stati sanzionati e uno di essi anche trasferito"; g) allestire un nuovo organigramma; h) avviare, con società di ricerca del personale, "la ricerca di una figura professionale destinata alle verifiche di cantiere, nonché di una figura destinata alla gestione delle commesse", in modo da personalizzare ed accentrare in un solo referente ben individuato i controlli sulle scelte dei *partners* commerciali; i) sostituire il responsabile del *Procurement* dapprima, per la delicata fase della riorganizzazione dell'ufficio, con un contratto a termine, poi mediante mandato a società di ricerca sul mercato «per la ricerca sul mercato di un nuovo direttore acquisti», operando analoghe «selezioni, tramite società di *rectruiting*, di due *buyers*, di cui uno *senior*, da inserire nel medesimo ufficio»; j) inoltre si è prevista una più ampia revisione delle procedure aziendali, con le seguenti strategie di "rafforzamento delle difese verso possibili rischi legati a forme di corruzione tra privati ed infiltrazioni della criminalità".

[627] Il primo sequestro preventivo "senza facoltà d'uso" di sei impianti dello stabilimento *Ilva* era stato disposto, ai sensi dell'art. 321, co. 1, c.p.p., al fine di evitare il protrarsi delle violazioni ambientali (cfr. Gip del Tribunale di Bari, ord. 25 luglio 2012); non mancava tuttavia nel provvedimento in parola un riferimento alla "logica del profitto", che, a detta del Gip, avrebbe guidato coloro che avevano per anni perseverato nell'«attività inquinante con coscienza e volontà».

[628] Cfr. i contributi di R. BIN, *L'Ilva e il soldato Baldini*; A. MORELLI, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*; A. SPERTI, *Alcune riflessioni sui profili costituzionali del decreto Ilva*; G. ARCONZO, *Note critiche sul "decreto legge* ad Ilvam*", tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*; ID., *Il decreto legge "*ad Ilvam*" approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*; D. PULITANÒ, *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso Ilva,* raccolti nella sezione dedicata al "caso Ilva" della *Riv. trim. dir. pen. cont.,* 2013, 1, 5 ss.

provvedimento *ad Ilvam*[629], secondo il tipico schema delle leggi-provvedimento[630], la normativa in parola contiene un modello generale d'intervento in situazioni di crisi di «stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale» individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, quando presso di essi sia occupato un numero di lavoratori subordinati, compresi quelli in cassa integrazione, non inferiore a duecento da almeno un anno[631]. Al ricorrere di questi presupposti, e qualora vi sia un'assoluta necessità di salvaguardia dell'occupazione e della produzione, l'art. 1 del convertito decreto-legge prevede, al comma 1, che il Ministro dell'ambiente possa autorizzare, in sede di riesame dell'Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA), la prosecuzione dell'attività produttiva per un periodo non superiore a 36 mesi. L'applicazione della disciplina in parola è assistita dalla condizione che siano adempiute le prescrizioni contenute nel provvedimento di riesame dell'AIA, al fine di assicurare, si dice, «la più adeguata tutela dell'ambiente e della salute secondo le migliori tecniche disponibili (BAT)». E proprio la presenza di questa condizione, assistita dalla garanzia di una specifica disciplina di controllo e sanzionatoria[632], è stata ritenuta di fondamentale importanza dalla Consulta al fine del rigetto della questione di legittimità costituzionale, giudicando che il legislatore avesse individuato un corretto equilibrio tra i diversi interessi emergenti[633] e che, dunque, il provvedimento non fosse censurabile in punto di proporzionalità e ragionevolezza. In caso di reiterata inottemperanza dell'AIA, quando l'attività produttiva comporti pericoli gravi e rilevanti per l'ambiente e la salute, la l. 3 agosto 2013, n. 89, dispone che il Consiglio dei Ministri possa procedere al commissariamento straordinario degli stessi stabilimenti. L'eventuale *interferenza* di un

[629] In particolare, la c.d. legge *Ilva* apparterrebbe a quella particolare categoria di leggi-provvedimento ("leggi su misura" o "norme a generalità potenziale", secondo la definizione di C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Giuffré, Milano, 1968, 10-11) a carattere personale-nominativo, in cui il nome del destinatario della previsione è direttamente enunciato dalla legge. E infatti, mentre gli art. 1 e l'art. 2 del d.l. prevedono una disciplina a carattere generale, applicabile ad ogni "stabilimento di interesse strategico nazionale" che sia come tale individuato da un apposito Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, l'art. 3, passa – in deroga rispetto a quanto previsto dalle disposizioni precedenti – a riconoscere all'*Ilva* la qualifica di stabilimento d'interesse strategico nazionale e ad affermare subito dopo che l'AIA rilasciata all'Ilva nell'ottobre del 2012 assicura la prosecuzione della sua attività. Cfr. su questi aspetti G. ARCONZO, *Note critiche*, cit., 16 ss.

[630] Nel contesto dello Stato sociale di diritto, l'idea della legge come strumento regolatore anche di situazioni particolari e concrete prende piede rispetto all'assunto di matrice liberale secondo cui gli atti legislativi dovrebbero avere sempre un contenuto generale e astratto. Come affermato a più riprese dalla Corte Costituzionale, non è escluso che leggi ordinarie, siano essa di fonte statale o regionale, possano avere un contenuto particolare e concreto, purché sia garantito – in ragione dei rischi insiti in discipline particolari e derogatorie – il rispetto di limiti generali imposti dai principi di ragionevolezza e non arbitrarietà delle scelte normative. V. per tutte Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 137, in *Giur. cost.* 2009, 3, 1472 ss. (con nota di S. SPUNTARELLI); in *Foro amm.* CDS, 2009, 12, 2818 ss. (con nota di C.E. GALLO); in *Foro it.* 2010, 7-8, I, 2015.

[631] La soglia fissata dal legislatore non è certo casuale, ma corrisponde a quella già utilizzata dal legislatore nella disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, di cui all'art. 2 del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270.

[632] L'art. 1, co. 2, d.l. n. 207/2012 prevede infatti che in caso di mancata osservanza delle prescrizioni contenute nell'AIA sia applicata all'impresa una sanzione amministrativa, fino al 10% del fatturato della società risultante dall'ultimo bilancio.

[633] Cfr. Corte Cost., 9 maggio 2013, n. 85, Pres. Gallo, Rel. Silvestri, disponibile su *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2013.

provvedimento del giudice con effetto interruttivo dell'attività d'impresa è risolta con un meccanismo di *neutralizzazione*: la legge prevede infatti che, anche quando l'autorità giudiziaria abbia adottato provvedimenti di sequestro sui beni dell'impresa titolare dello stabilimento, l'attività d'impresa sia comunque consentita per tutto il periodo di tempo indicato dall'autorizzazione. Un medesimo schema d'intervento è stato poi riproposto nel d.l. 4 luglio 2015, n. 92, pensato per Ilva e Fincantieri[634], ma con la differenza della sostanziale *autonomia* dell'azienda nell'individuazione delle misure provvisorie per la prosecuzione dell'attività e la mancanza tanto di una disciplina che ne prevedesse una tempestiva attuazione, quanto di meccanismi di controllo e sanzione. Elementi, questi, sui quali si sono appuntate le censure della Consulta, ritenendo che il bilanciamento svolto dal legislatore risultasse in questo caso squilibrato a favore dell'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva[635].

Un secondo esempio è dato dalle «*misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione*», previste all'art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114[636]. Il comma 1 dell'articolo prevede che nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per un reato in materia di corruzione nei confronti di un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) possa proporre al Prefetto di procedere al rinnovamento degli organi sociali dell'impresa o direttamente alla sua gestione straordinaria, limitatamente all'esecuzione del contratto di appalto. Il comma 10 dello stesso articolo estende la possibilità di applicare le misure alle imprese colpite da informazione antimafia interdittiva, allorché «sussista l'urgente necessità di portare ad esecuzione il contratto o di assicurare la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali e la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici»[637].

---

[634] V. la nota di S. ZIRULIA, *In vigore un nuovo decreto "Salva Ilva" (e anche Fincantieri). Osservazioni a margine del d.l. 4 luglio 2015, n. 92, recante «Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività di impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale»,* in *Dir. pen. cont.*, 6 luglio 2015.

[635] Corte Cost., 23 marzo 2018, n. 58, Pres. Lattanzi, est. Cartabia, pubblicata con una breve nota («*La consulta riconosce l'illegittimità del decreto-legge mirato a neutralizzare gli effetti concreti del sequestro preventivo disposto per prevenire infortuni sul lavoro (ancora sulla decretazione «Salva Ilva),* in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2018. Il provvedimento della Consulta, ad ogni modo, non ha avuto effetti sull'attività dello stabilimento, poiché l'Altoforno 2, dopo il sequestro disposto il 18 giugno 2015 – sei giorni dopo la morte di un operaio investito da un getto di ghisa incandescente – era stato già oggetto di dissequestro condizionato all'adozione di un piano di messa in sicurezza, ritenuto dalla Procura adeguato allo scopo.

[636] Per una meglio dettagliata descrizione dell'istituto, v. F. SGUBBI–T. GUERINI, *L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento,* in *Dir. pen., cont.,* 24 settembre 2014 e a R. GAROFOLI, *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014,* in *Dir. pen. cont.,* 30 settembre 2015.

[637] Un tentativo di specificazione di questi concetti è contenuto nelle *Seconde Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia,* adottate in base al protocollo d'intesa stipulato il 15 luglio 2014 dal Ministro dell'Interno e dal Presidente dell'ANAC e reperibili su www.anticorruzione.it.

La medesima preoccupazione di promuovere l'interesse alla continuità aziendale ha poi condotto a cercare nuovi strumenti ispirati a logiche *non* commissariali, finalizzati ad evitare il trasferimento del rischio d'impresa sull'amministrazione statale.

In proposito dobbiamo anzitutto richiamare la scelta operata dall'art. 3 della l. 199/2016, in materia di prevenzione e repressione del caporalato e dello sfruttamento del lavoro. Si è infatti qui previsto che, al momento dell'avvio del procedimento penale per i reati previsti all'art. 603-*bis* c.p., qualora ricorrano i presupposti indicati nell'art. 321 c.p.p., circoscritti al *fumus commissi delicti* e al *periculum in mora*, e l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni gravi sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del complesso aziendale, il giudice di merito disponga, *in luogo* del sequestro, il controllo giudiziario dell'azienda presso la quale il reato è commesso. Lasciando invariata la posizione del titolare dell'impresa, questa misura consente di attivare il controllo sull'impresa da parte di alcuni soggetti esperti di gestione aziendale, nominati dal giudice al fine di vigilare sulla regolarità delle attività svolte all'interno dell'impresa e di presentare una relazione al giudice ogni tre mesi o comunque nel caso di emersione di una qualsiasi irregolarità. Lo strumento vorrebbe consentire, dunque, di agire sia in via preventiva, evitando il verificarsi di situazioni di grave sfruttamento lavorativo, che di procedere alla regolarizzazione dei lavoratori che siano in assenza di un contratto di lavoro regolare.

Lungo la medesima direttrice è poi da collocare l'istituto del *controllo giudiziario* di cui all'art. 34-*bis* Codice Antimafia, che con l'intervento della l. n. 161/2017, è andato ad affiancare gli istituti del sequestro e dell'amministrazione giudiziaria, quest'ultima sì diretta a spezzare il legame tra attività d'impresa e consorterie criminali in modo da non attentare alla sopravvivenza dell'impresa sul mercato, ma comunque ancora troppo incisiva per offrire garanzia di quest'ultimo risultato[638].

Come si evince dalla Relazione del Presidente della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata (d.m. 10 giugno 2013), presieduta da *Giovanni Fiandaca*, l'istituto mira a «promuovere il disinquinamento mafioso delle attività economiche, salvaguardando al contempo la continuità produttiva e gestionale delle imprese»[639]; esso infatti non determina lo "spossessamento gestorio" dell'impresa, ma configura una meno invasiva forma di "vigilanza prescrittiva", condotta da un commissario nominato dal tribunale, al quale viene affidato il compito di monitorare dall'interno l'adempimento di una serie di obblighi di *compliance* imposti dall'autorità giudiziaria[640].

---

[638] A. R. CASTALDO, *L'amministrazione giudiziaria va proposta con cautela*, ne *Il Sole 24ore*, 3 luglio 2016.

[639] V. *Proposte di intervento in materia di criminalità organizzata: la prima relazione della commissione Fiandaca*, in *Dir. pen. cont.*, 12 febbraio 2014, 13 ss.

[640] L'art. 34-*bis* Codice Antimafia distingue tra due ipotesi. La lett. a) del co. 2 stabilisce che il tribunale può imporre nei confronti di chi ha la proprietà, l'uso o l'amministrazione dei beni e delle aziende l'obbligo di comunicare al questore e al nucleo di polizia tributaria del luogo di dimora abituale, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti e gli altri atti o contratti indicati dal tribunale, di valore non inferiore a 7000 euro o del valore superiore stabilito dal tribunale in relazione al

Il controllo giudiziario, un tempo previsto come misura sostitutiva dell'amministrazione giudiziaria, per il solo caso di revoca di questa, è oggi dotato di piena autonomia concettuale, operando qualora il rapporto di contiguità criminale dell'impresa sia da ricondursi ad una mera *occasionalità*; presupposto, questo, che lascia intendere un'ampia discrezionalità del giudice nella scelta dell'applicazione della misura meno invasiva, in una prospettiva di maggiore gradualità e proporzionalità del sistema di prevenzione.

Lungo la medesima direttrice vanno poi collocati gli interventi intesi a garantire la *continuità aziendale* nelle more dei provvedimenti di sequestro, privilegiando sistemi di *amministrazione dinamica* dei beni sottoposti alla misura patrimoniale, in sostituzione di un regime di semplice *custodia*. Nella revisione dei meccanismi operativi del sequestro preventivo finalizzato alla confisca *per equivalente* nell'ambito di un procedimento 231 il legislatore del 2013 ha compiuto un passo decisivo. L'art. 12, co. 5-*bis*, d.l. 31 agosto 2013, n. 10 (convertito, con modificazioni, dalla l. 30 ottobre 2013, n. 125) ha infatti introdotto un nuovo comma 1-*bis*, in base al quale si prevede che per il tempo di esecuzione del sequestro finalizzato alla confisca *ex* art. 19, co. 2, d.lgs. 231/2001, il custode amministratore nominato dal giudice debba preoccuparsi di tenere in vita l'impresa, lasciando però che siano gli organi societari a gestire l'azienda[641], almeno fintantoché non appaia frustrata la finalità – «esclusiva», si dice – di «garantire la continuità e lo sviluppo aziendali». Questa previsione supera dunque il meccanismo stabilito all'interno del Codice Antimafia (art. 35), dove l'amministrazione dell'azienda in sequestro è affidata da subito all'amministratore giudiziario, che dovrà a quel punto valutare se metterla in liquidazione o proseguire nell'attività (cfr. Titolo III, Capo I e II, Codice Antimafia).

Nel suo ritorno al modello del Codice Antimafia, più timida appare invece la posizione assunta dalla legge n. 161/2017, che ha inciso sulla disciplina generale[642]

---

reddito della persona o al patrimonio e al volume d'affari dell'impresa. La lett. b) prevede invece una forma di controllo guidata, una vigilanza prescrittiva, attraverso la nomina di un giudice delegato e di un amministratore giudiziario, che ha il compito di supervisionare l'attività d'impresa e di riferire al giudice delegato ed al pubblico ministero, con cadenza almeno bimestrale, sul rispetto delle prescrizioni impartite dall'autorità giudiziaria.

[641] Art. 53, co. 1-*bis*, d.lgs. 231/2001:«Ove il sequestro, eseguito ai fini della confisca per equivalente prevista dal co. 2 dell'articolo 19, abbia ad oggetto società, aziende ovvero beni, ivi compresi i titoli, nonché quote azionarie o liquidità anche se in deposito, il custode amministratore giudiziario ne consente l'utilizzo e la gestione agli organi societari esclusivamente al fine di garantire la continuità e lo sviluppo aziendali, esercitando i poteri di vigilanza e riferendone all'autorità giudiziaria. In caso di violazione della predetta finalità l'autorità giudiziaria adotta i provvedimenti conseguenti e può nominare un amministratore nell'esercizio dei poteri di azionista. Con la nomina si intendono eseguiti gli adempimenti di cui all'articolo 104 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271. In caso di sequestro in danno di società che gestiscono stabilimenti di interesse strategico nazionale e di loro controllate, si applicano le disposizioni di cui al decreto-legge 4 giugno 2013, n. 61, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2013, n. 89».

[642]Ma sui rapporti tra il sequestro preventivo previsto all'art. 321 c.p. e il sequestro ex art. 53 d.lgs. 231/2001, v. da ultimo Cass. pen. sez. II, 10 luglio 2018, n. 34293, in *Guida al diritto 2018,* 39, 82 ss., dove si afferma che, se è pur vero che l'art. 53 d.lgs. 231/2001 prevede testualmente che, nei confronti degli enti, si possa applicare il solo sequestro preventivo (del prezzo o del profitto del reato) a fini di

dell'esecuzione del sequestro preventivo *ex* art. 321 c.p.p., contenuta all'art. 104-*bis* disp. att. c.p.p.. L'art. 104-*bis* oltre a precisare, mediante rinvio al libro I, titolo III, del codice Antimafia, le competenze in materia di gestione dei beni sequestrati, chiarisce oggi che, laddove il sequestro preventivo abbia ad oggetto aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, l'autorità giudiziaria (segnatamente il G.i.p.), dovrà nominare un amministratore giudiziario, ai sensi dell'art. 35 Codice Antimafia[643], incaricato di garantire la prosecuzione delle attività aziendali.

4. Verso una giustizia penale patrimoniale sostenibile? Il ruolo ancipite degli interessi economici nel contrasto all'accumulazione di patrimoni illeciti

Pare dunque che le istanze provenienti dalla società colpita dallo stesso intervento statale, dapprima colte da un certo filone giurisprudenziale sensibile agli *effetti* del proprio operare, siano state in seguito recepite dal legislatore, il quale, pur senza modificare la portata del sistema penale patrimoniale, ha incaricato il giudice ora di tenerne a bada le capacità distruttive, ora di adattarlo agli interessi emergenti nel caso concreto.

Questa delega al giudice implica da un lato un nuovo bilanciamento tra i diversi interessi in gioco, dall'altro un riorientamento della giustizia penale patrimoniale dal *passato* verso il *futuro*. L'interesse alla continuità aziendale e alla tutela dell'occupazione, assumendo maggior rilievo, hanno iniziato a spingere il sistema delle misure patrimoniali, prima tutto sbilanciato su preoccupazioni punitive, a loro volta mosse da considerazioni economiche, verso un nuovo punto di equilibrio.

All'interno di questo complessivo riposizionamento del sistema scorgiamo peraltro l'emersione di una forma di giustizia patrimoniale penale che riproduce molti dei tratti (in particolare, l'attenzione per gli effetti e l'orientamento sul futur*o*) del modello di giustizia penale sostenibile che abbiamo descritto nel *Capitolo I*, *Sezione II*. Di questo modello assume in particolar modo la veste *giudiziale*, ma secondo moduli meno rigidi rispetto a quelli propri dello schema commissariale, con una maggiore attenzione,

---

confisca di cui all' art. 321, co. 2, c.p.p. non essendo espressamente previsto il sequestro preventivo di cui al co.1 dello stesso articolo, ma tale sequestro *impeditivo* debba comunque ritenersi ammissibile nei confronti dell'ente, in base a una interpretazione "costituzionalmente orientata" che troverebbe fondamento nell'amplissimo disposto dell'art. 34 d.lgs. 231/2001, a norma del quale «per il procedimento relativo agli illeciti amministrativi dipendenti da reato si osservano [...] in quanto compatibili, le disposizioni del codice di procedura penale e del decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271». La soluzione si giustificherebbe con il fatto che, diversamente, si teorizzerebbe per l'ente un regime privilegiato rispetto a quello generale previsto dal codice di rito, privando la collettività di un formidabile e agile strumento di tutela finalizzato a eliminare dalla circolazione beni criminogeni (nella specie, quindi, la Corte, ha ritenuto legittimo il sequestro preventivo di alcuni impianti fotovoltaici disposto ex art. 321, co. 1, c.p.p. nei confronti di un ente chiamato a rispondere dell'illecito amministrativo di cui all'art. 24 d.lgs. 231/2001 in relazione all'art. 640-*bis* c.p.).

[643] Curioso è peraltro notare come la disciplina generale dettata per l'attuazione delle norme previste nel codice di rito (art. 104-*bis* c.p.) faccia rinvio ad una normativa comunque ancora settoriale, quale è quella del Codice Antimafia.

dunque, alle possibilità di sopravvivenza dell'impresa oltre il periodo di amministrazione temporanea statale.

A fronte del quadro che abbiamo tracciato, emerge allora un ruolo *ancipite* delle preoccupazioni di ordine economico all'interno delle linee politico-criminali del tempo di crisi.

Esse da un lato hanno esercitato una forza espansiva dell'intervento penal-patrimoniale, in particolare conducendo all'ampliamento dell'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione delle misure a carattere ablatorio, e, con ciò, anche all'equiparazione del trattamento tra fenomeni ai nostri occhi invece meritevoli di differenziazione.

D'altro lato si deve però riconoscere a questi interessi anche il ruolo di aver guidato l'innalzamento di alcuni limiti interni alla ormai *iper*-espansa giustizia patrimoniale penale, suggerendo soluzioni che fanno evolvere il sistema in una direzione di maggiore *sostenibilità* dell'intervento punitivo, sul piano economico ma anche sul piano dei diritti sociali. Gli strumenti che abbiamo descritto nell'ultimo paragrafo, infatti, non solo garantiscono una maggiore coerenza e razionalità (anche economica) del sistema di prevenzione rispetto a quelli che dovrebbero essere i suoi fini ultimi (la tutela del sistema produttivo dalle infiltrazioni criminali a scopi di *stabilità macroeconomica*[644]), ma finiscono per attivare meccanismi di maggiore garanzia per la tutela dei diritti dei soggetti coinvolti.

Vediamo allora come quello che ci appare nei termini di un contro-movimento, comunque interno all'espansione della giustizia patrimoniale penale, percorra una strada lastricata di diritti sociali e di maggiori garanzie individuali. L'anima economica della politica criminale del tempo di crisi ritrova in questo punto anche un fondo di umanità, costruendo argini che mettono al riparo dagli eccessi dell'intervento patrimonial-punitivo sì l'economia, ma anche il tessuto sociale ed i singoli individui attinti dall'intervento patrimonial-punitivo. Questi *argini* sono innalzati a partire dall'accoglimento di una prospettiva *consequenzialista*, orientata agli *effetti* dell'azione patrimonial-penale. Tale prospettiva ha costretto un sistema punitivo ormai fuori controllo e caratterizzato da una certa contraddittorietà teleologica a confrontarsi con i suoi *scopi* e, quindi, a interrogarsi sulla *opportunità* dei suoi mezzi.

Se a questo contro-movimento dobbiamo dunque riconoscere di aver impresso una direzione di evoluzione positiva al sistema, che fa bene tanto ai diritti quanto alla stabilità macroeconomica del Paese, e di aver intrapreso una via corretta sul terreno *collaterale* dell'intervento penale, d'altra parte gli si può rimproverare di trascurare il piano più direttamente afferente ai diritti dei soggetti preposti, direttamente attinti dalle misure patrimoniali, e di aver dunque lasciato indietro il dibattito sulla *legittimità* dei suoi mezzi; dibattito che sta percorrendo faticosamente la strada della legalità convenzionale e costituzionale, con risultati ad oggi ancora incerti[645].

---

[644] Cfr. T. BENE, *Dallo spossessamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in *Arch. Pen.*, *Speciale Riforme* 2018, 383 ss.

[645] F. MAZZACUVA, *La prevenzione sostenibile*, in *Cass. pen.,* 3, 2018, 1071 ss.

5. Alcune osservazioni di sintesi sull'intervento punitivo nel *con*-testo di crisi economica

L'analisi condotta in questo *Capitolo* ci ha fatto vedere come il contesto di *crisi economica* condizioni profondamente la dimensione *penalistica*, penetrando le decisioni politico-criminali assunte in via legislativa e influenzando gli orientamenti della giurisprudenza.

Esperienze anche molto distanti tra loro ci hanno mostrato come nel contesto di crisi l'intervento punitivo tenda ad assumere un andamento fortemente *congiunturale*, mostrandoci come la stretta *tessitura* che si crea tra l'intervento punitivo in materia economica e il con-*testo* di crisi economica conduca ad una *torsione* ora dell'*oggetto*, ora del *fine* del diritto penale. In particolare, il contesto di *crisi* pare determinare un trasferimento dell'*oggetto* della reazione punitiva dal *fatto* (penalmente rilevante) al *fenomeno* (criminale), nonché un *ri*-orientamento del suo *fine* dalla tutela di particolari beni (o funzioni) alla tutela di un fascio complesso di interessi (in particolare, *macro*-economici) che hanno a riferimento ultimo lo stesso contesto di *crisi* e, in particolare, lo *scopo* di superare la crisi; *scopo* che tende a penetrare anche la dimensione processuale-applicativa, orientando la decisione giudiziale.

Queste *torsioni* contingenti dell'intervento punitivo portano all'attenzione dell'interprete dei *nodi problematici* di tipo strutturale, i quali, se devono al contesto di crisi la loro emersione, non dipendono da esso: in parte questi *nodi* sono il portato dei processi di *globalizzazione* giuridica (pensiamo in particolare al problema della *sostenibilità* della pena), per altra parte essi rappresentano punti assai *antichi*, ma ancora irrisolti, della pretesa punitiva (e qui ci rivolgiamo invece al problema dell'*esigibilità*).

Non potendo, nell'economia di questo lavoro, ordinare così tanta *complessità* di relazioni, ci accontentiamo da un lato di aver descritto, seppur parzialmente, il *movimento* di torsione impresso all'intervento punitivo (in ambito economico) dal contesto di crisi economica, dall'altro di aver riconosciuto e studiato certuni nodi problematici che la catastrofe che ha investito la dimensione giuridica negli ultimi anni ha depositato nel paesaggio penalistico.

CAPITOLO IV – MODELLI DI CRISI E DIRITTO PENALE DELLA CRISI ECONOMICA

o. Premessa

L'analisi condotta nel Capitolo precedente ci ha mostrato come, nel contesto di *crisi economica*, il diritto penale economico assume un andamento di tipo *congiunturale*, cui tende ad accompagnarsi un trasferimento dell'oggetto dell'intervento punitivo dal *fatto* di reato al *fenomeno* criminale. Possiamo peraltro inferire che questo *orientamento* dell'intervento punitivo in senso *congiunturale* e *fenomenico* dell'intervento punitivo sia almeno in parte motivato dalla presenza di una *rete* assai *complessa* di rapporti di reciproca causalità (in senso *atecnico*), che indubbiamente tiene insieme la crisi economica ed i fenomeni criminali, ma che non dovrebbe mai orientare l'applicazione della pena nel caso *singolo*.

Ebbene, gli stessi dati di *congiunturalità, complessità* e orientamento al *fenomeno* che rintracciamo nel diritto penale della crisi economica si reperiscono in alcuni *modelli* interpretativi del diritto penale, già noti per la loro capacità di spiegare le *torsioni* subite dall'intervento *punitivo* in particolari contesti di *crisi* e/o di *trasformazione* sociale, culturale e, certamente, anche giuridica.

I *modelli* cui facciamo riferimento sono in particolare il diritto penale di *transizione*, il diritto penale d'*eccezione* e il diritto penale di *lotta*.

Ci sembra allora utile verificare se questi modelli, emersi in ambiti molto diversi da quello di *crisi economica*, diano manifestazione di sé anche in relazione a questo contesto, potendo allora eventualmente offrire alcune utili chiavi di lettura.

Per condurre questa verifica, tenteremo anzitutto di offrire una descrizione dei modelli, inquadrandoli nel loro ambiente "originario" di emersione ed enucleandone i tratti caratteristici; lo faremo in una prospettiva dinamica, ossia tentando di cogliere la connessione tra le *funzioni* e le *strutture* – o, se si preferisce, tra i *fini* ed i *mezzi*[646] – del diritto penale, affidandoci al principio secondo cui gli indirizzi di politica criminale trovano il proprio riflesso nelle caratteristiche della risposta punitiva, tanto sotto il profilo sostanziale[647] quanto sotto quello processuale[648] (*Sezione I*). Procederemo poi ad

[646] Rimandiamo il lettore al capitale saggio di P. NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale,* in *Riv. it dir. pen.*, 1948, n. 1-3, 43 ss.: «Un primo sguardo panoramico su tutte le legislazioni penali permette una immediata constatazione: ogni legislazione appare, a un di presso, come un grande periodo ipotetico: da un lato, determinate finalità, dall'altro determinate conseguenze».

[647] E, quindi, essenzialmente in relazionale alle categorie del reato comunemente adoperate: v. C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, cit., 37 ss., nonché, D. PULITANÒ, voce *Politica Criminale,* cit., *passim*.

[648] Cfr. M.R. DAMAŠKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo* (1986), tr. it. di A. Giussani – F. Rota, Bologna, 1991, con *Introduzione* di M. TARUFFO, *passim*, e il commento di

esaminare alcune esperienze del diritto penale della crisi economica (diverse da quelle trattate nei *Capitoli* precedenti), che si segnalano in particolare per il carattere di *congiunturalità* e per richiamare – anche solo per alcuni tratti – uno o più di questi modelli (*Sezione II*) .

G. FIANDACA, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, in *Foro it.*, 1992, 2023 ss., che sottolinea la tendenziale corrispondenza tra modelli strutturali di reato e tecniche di accertamento processuale.

SEZIONE I – MODELLI DEL DIRITTO PENALE "DI CRISI"

1. Giustizia di transizione, diritto penale e crisi economica

La categoria della giustizia di transizione non si presta a un inquadramento univoco.

Essa nasce intorno all'anno 2000[649] per aprire una riflessione sul ruolo svolto dal diritto[650] all'interno dei processi di *transizione* da regimi illiberali, caratterizzati da ampie violazioni dei diritti umani, verso sistemi democratici, come se ne conoscono in particolare nella storia di diversi Paesi dell'America Latina, dell'Africa australe e dell'Europa[651]. Sin dall'inizio la giustizia di transizione appare in tutta la sua poliedricità: applicata a svariati contesti geografici e socio-culturali, funge da contenitore concettuale per i più diversi strumenti[652] di volta in volta utilizzati per promuovere obiettivi di pace, giustizia e riconciliazione, spesso connessi all'apertura di un momento costituente[653].

Sembrerebbe aver compreso bene la sua essenza chi, escludendone la valenza di autonomo campo di disciplina, l'ha paragonata ad un "mantello" (*a cloak*) che offre apparente coerenza a specifiche pratiche di soluzione di conflitti, in diversi contesti e con diversi attori e diversi obiettivi («*that gives apparent coherence to particularized practices of conflict resolution, emanating from diverse contexts and diverse actors with*

---

[649] L'espressione "*Transitional Justice*" (TJ) appare per la prima volta nel 1995, all'interno di un'opera di mappatura dei processi di democratizzazione al tempo in atto, elaborata nell'ambito dell'*United States Institue of Peace* e coordinata da NEIL J. KRITZ, infine esitata nella pubblicazione N.J. KRITZ (a cura di), *Transitional Justice: How emerging democracies reckon with former regimes*, UN Institute of Peace Press, Washington, 1995. L'espressione riceve però il suo "battesimo scientifico" con la pubblicazione dell'opera di R.G. TEITEL, *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2000. Lo stesso anno vede la nascita dell'organizzazione non governativa denominata *International Centre for Transitional Justice* (ICTJ).

[650] «*To the extent that transition imply paradigm shifts in the normative conception if justice, the role of law at these moments appears deeply paradoxical. In ordinary times, law provides order and stability, but in extraordinary periods of political upheaval, law is called upon to maintain order, even as it enables transformation. Accordingly, the ordinary intuitions and predicates about law simply do not apply in transitional situations. These dynamic periods of political flux generate a sui generis paradigm of transformative law*»: G. WERLE*, Diritto dei crimini internazionali* (trad. it. di A. Di Martino), Bononia University Press, Bologna, 2009, 96.

[651] Ripercorre le tappe dell'evoluzione della giustizia di transizione nei tre continenti R.G. TEITEL, *Transitional justice genealogy,* in *Harvard Human Rights Journal,* vol. 16, 2003, 64 ss..

[652] Si veda la definizione offerta all'interno del Rapporto ONU S/2004/616 da parte del Segretario Generale, dal titolo "*The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies"* pubblicato il 23 agosto 2004.

[653] R.G. TEITEL, *Transitional Justice and the Transformation of Constitutionalism,* in T. GINSBURG- R. DIXON (edited by) *Comparative Constitutional Law,* Edwar Elgar, 2011 oggi in ID., *Globalising transitional justice. Essays for the new millennium*, Oxford University Press, Oxford, 2014, 81 ss. Nella letteratura italiana, sul ruolo costituente della giustizia di transizione, in particolare A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana di verità e conciliazione,* il Mulino, Bologna, 2005.

diverse goals»)[654]; oppure ad una "scatola degli attrezzi" (*tool-box*)[655], in cui chi voglia può liberamente rovistare alla ricerca dello strumento, o della combinazione di strumenti, più congeniale a garantire una trasformazione politica e culturale.

Ebbene, quando si parla di giustizia *penale* di transizione si fa riferimento ad uno in particolare di questi strumenti, il diritto penale, apparso come miglior candidato per sostituire l'unico strumento che la giustizia di transizione non ammette nella "scatola": la vendetta privata, ossia il "regolamento di conti" extragiudiziario[656].

Nei tempi più recenti la giustizia di transizione – già nota per la sua duttilità – ha dato prova di resistenza anche al di là del suo ambito originario di applicazione. Non più modello di giustizia per tempi di transizione politica, agganciato ad un contesto *post*-bellico o comunque di uscita da un regime repressivo verso uno di stampo democratico, la giustizia di transizione è stata intesa come un insieme di meccanismi – tra i quali figura l'applicazione o, viceversa, la rinuncia alla pena – che s'incaricano di

---

[654] L. MC GREGOR, *Transitional Justice and the prevention of torture,* in 7 *The international journal of transitional justice* (2013), 29.

[655] Cfr. P. GREADY, *Culture, Testimony and the Toolbox of Transitional Justice,* in *A journal of Social Justice*, vol. 20, 1, 41 ss.; N. ROTH-ARRIAZA, *The new landscape of transitional justice,* in N. Roth–Arriaza–J. Mariezcurrena (a cura di), *Transitional Justice in the Twenty-First century,* Cambridge, 2006, 5.

[656] G. FORNASARI, voce *Giustizia di transizione (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, 547; ID., *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013. In particolare, la giustizia di transizione si interseca con il diritto penale internazionale (Tribunali Militari Internazionali, Tribunali *ad hoc* e Corte Penale Internazionale), sulla base di un duplice presupposto: da un lato la stimata neutralità di attori de-politicizzati, o comunque non immediatamente coinvolti nel processo di transizione politica, dall'altro la rilevanza ultra-statale degli interessi offesi. Dal processo di Norimberga in poi, organi privi del monopolio statuale della forza (i Tribunali militari internazionali) si sono visti affidare la potestà punitiva in processi di transizione; fino alla creazione, dagli inizi degli anni '90, di un sistema penale sovranazionale, concepito in un rapporto di complementarietà rispetto alle giurisdizioni statali (nel senso che interviene solo quando il crimine non venga giudicato in ambito nazionale o quando il relativo giudizio appaia insufficiente ad assicurare un adeguato accertamento delle responsabilità), con propri apparati dotati del potere di applicare direttamente sanzioni penali ai singoli individui. Cfr. M. COSTI–E. FRONZA, *Il diritto penale internazionale: nascita ed evoluzione,* in *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, 2016, 15 ss.. Il diritto penale internazionale, pur non esaurendo lo spazio assegnato al diritto penale nell'ambito della giustizia di transizione, indubbiamente occupa un ruolo centrale, intervenendo, almeno in via di principio, a risolvere i problemi legati alla persecuzione penale nazionale (il c.d. *successor justice debate*). I tribunali penali internazionali e le Corti sovranazionali vogliono infatti essere espressione di un *nomos* sovraordinato agli stessi Stati, che ha bisogno di essere concretizzato in risposte adeguate a fatti ritenuti atrocissimi: essi esprimono un universale normativo al suo grado più alto, rafforzato dalla previsione delle sanzioni più severe e stigmatizzanti di cui l'arsenale del diritto disponga. Scrive R.G. TEITEL, *Transitional justice as a liberal narrative,* in ID., *Globalising transitional justice. Essays for the new millennium*, cit., 3 ss.: «*While there are many dilemmas associated with the application of criminal justice in the national arena, within the international legal system these dilemmas appear to fall away. In the abstract, the dilemmas of successor justice are seemingly best resolved by turning to an autonomous legal system. Within the national legal scheme, the question of justice may seem inextricably political, but international justice is thought, by comparison, to be neutral and apolitical*». Ma sulla illusorietà del progetto di edificare una giustizia realmente universale, dunque in grado di applicarsi «equally to everybody and everywhere», D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad,* Laterza, Roma-Bari, 2006; D. SCILLA, *The Illusion of Universality in International Criminal Law,* in A. INCAMPO – W. ZELANIEC, *Universality of punishment,* Cacucci Editore, Bari, 2015, 231 ss..

affrontare i problemi più disparati del mondo globalizzato[657], in una prospettiva sempre più interdisciplinare e sganciata dall'"*original focus*" dei diritti umani[658].

Pur nella consapevolezza che il contesto in cui vorremmo testare il modello è molto distante da quello originario, e che l'oggetto su cui il diritto penale è chiamato a "mettere un punto" (gravi forme di devianza finanziaria) è lontano anni luce da quello proprio del diritto penale di transizione (le gravi violazioni di diritti umani), la comprovata elasticità del modello ci autorizza a metterlo alla prova in contesti successivi al verificarsi di gravi crisi economico-finanziarie, per così valutare se le forme assunte dalla giustizia penale in particolari fasi di *palingenesi* politico-istituzionale dirette al *superamento* della crisi possano essere spiegate attraverso i meccanismi propri della *giustizia di transizione.*

1.1. I caratteri della giustizia (penale) di transizione

Abbiamo detto che il *fine* della giustizia penale di transizione è fare i conti un passato segnato da abusi e violazioni su larga scala, predisponendo il terreno per una trasformazione politica, sociale e culturale che ne consenta alla fine il superamento. Perseguendo questo fine, il diritto penale dovrebbe agire anche come meccanismo di controllo delle pulsioni più distruttive che un passato di abusi e sofferenze potrebbe aver diffuso nella società. La giustizia penale di transizione si occupa di fatti che, nel contesto immediatamente antecedente alla transizione, hanno causato danni devastanti alla società, in termini umani, morali, materiali ed economici. Si tratta di violazioni commesse su larga scala, ai danni di una moltitudine di vittime – nel nucleo, per così dire, originario della giustizia di transizione troviamo in particolare gravi violazioni dei *diritti umani*, come stragi, omicidi e sparizioni di massa, deportazioni, stupri di massa, genocidi – da parte di un grande numero di responsabili, a ogni livello della scala gerarchica[659].

Rispetto al passato che la giustizia di transizione intende superare, le violazioni sottoposte allo scrutinio penale assumono una valenza che potremmo dire consustanziale: ciascuna di esse è espressione di un *sistema* – ideologico, politico, culturale – più vasto, che nella commissione di quelle violenze e di quegli abusi si rispecchia, perpetrandosi. Per lo strettissimo rapporto che lega i fatti oggetto di scrutinio penale e il contesto della loro realizzazione, il diritto penale, nell'occuparsene, eleva a proprio oggetto non solo quei fatti, ma tutto il sistema.

---

[657] Sulle più recenti manifestazioni della giustizia di transizione in particolare R.G. TEITEL, *Globalising transitional justice,* cit., *passim* e N. ROTH-ARRIAZA-J. MARIEZCURRENA (a cura di), *Transitional Justice in the Twenty-First century,* cit.

[658] Cfr. C. BELL, *Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the "Field"or "Non-Field",* in *International Journal of Transitional Justice,* 2009, 27 ss.

[659] Questo è per lo meno il suo oggetto principale. Uscendo dalle semplificazioni a cui siamo costretti, dobbiamo precisare il diritto penale di transizione non ha ad oggetto esclusivo le violazioni commesse dai rappresentati del sistema di potere antecedente alla transizione, potendo interessare anche le violazioni commesse dagli oppositori di quel sistema, al fine di avversarlo.

Se ogni esperienza di transizione ha la sua storia e le modalità d'impiego del diritto penale sono state le più disparate, – in relazione alle specificità dei contesti di base, alle particolari esigenze socio-politiche e anche agli inevitabili compromessi che queste di volta in volta comportavano –, tuttavia, tre categorie sembrano in grado di portare a sintesi questa varietà di esperienze[660], descrivendo le principali soluzioni al dilemma tra punire e non punire, entro cui la giustizia penale di transizione si dibatte[661]: a) variante punitiva (repressione penale); b) variante riconciliativa (verità in cambio di impunità); c) variante pacificatrice (o dell'oblio).

1.1.1 Variante punitiva (repressione penale)

Nel sotto-modello della *repressione penale* (variante *punitiva*) il diritto penale è utilizzato, talvolta immediatamente, ma spesso anche a distanza di diversi anni, nella sua veste più tipica, ossia come strumento di repressione dei reati, quale esito di un processo penale (regolarmente instaurato davanti ad un giudice che si vorrebbe terzo e imparziale). Eppure, anche in questa veste apparentemente così tipica, la giustizia penale di transizione può presentare caratteristiche del tutto peculiari, modellate a seconda della sua funzione, del suo oggetto e dei suoi destinatari.

L'idea – in sé contraddittoria[662] – che il ristabilimento della pace passi attraverso la "lotta all'impunità" [663], secondo un approccio *victim-centred*, conduce alla ricerca di un risultato di condanna esemplare, ritenuto satisfattorio per la vittima.

L'interesse alla persecuzione dei reati tende ad identificarsi con l'interesse soggettivo della vittima a vedere soddisfatto il proprio bisogno di giustizia[664]; interesse che sembra

---

[660] Le tre categorie riprendono la modellistica già elaborata da J. ARNOLD, *Einführungsvortrag: Modelle strafrechtlicher Reaktion auf Systemunrecht*, in A. ESER – J. ARNOLD, *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Bd. 1, Iuscrim, Freiburg, 2000, proponendone una versione a maglie più larghe, anche alla luce delle esperienze più recenti della giustizia penale di transizione – in particolare di Paesi come l'Argentina, il Cile e l'Uruguay – che ne avevano per certi versi messa in discussione la solidità (cfr. G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale,* cit., 12 ss). Si tratta di categorie trasversali, che hanno dimostrato una certa autonomia dalle dinamiche politiche sottostanti la transizione o dalle modalità di avvicendamento tra i detentori del potere.

[661] R.G. TEITEL, *Transitional justice,* cit., 51 ss.

[662] Per una riflessione sull'incoerenza e contradditorietà degli obiettivi che il diritto penale internazionale si autoassegna, v. M. DAMAŠKA, *L'incerta identità delle Corti penali internazionali,* in *Criminalia,* 2006, 9 ss. In tema v. anche E. FRONZA, *Le sanzioni* in AA. VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 254.

[663] Cfr. D. ZOLO, *Pace, risoluzione dei conflitti e giustizia penale internazionale,* in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, 727 ss., il quale dopo aver individuato nella "lotta all'impunità" uno degli obiettivi principali della giustizia penale internazionale dimostra come quest'ultima non si sia sinora in grado di «porre rimedio al fenomeno dell'impunità diffusa se non in misura esigua e non senza ambiguità normative».

[664] Questa rifunzionalizzazione del processo penale sul ruolo della vittima mette ovviamente in pericolo le garanzie erette a difesa dell'imputato, che appare privato del diritto a ottenere un giusto processo, celebrato in ossequio alla presunzione di innocenza, fino a mettere in dubbio lo stesso carattere di *pubblicità* del processo penale, in cui la marginalizzazione della vittima e l'affidamento al circuito della giustizia penale dell'imputato riposa storicamente sulla necessità di superare le irrazionalità della vendetta; la quale, almeno in linea di principio, non è ammessa nella *toolbox* della giustizia di transizione. V. in proposito L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale,* in *Riv. it. dir. proc. Pen.,* 4, 2013, 1760 ss.

addirittura prendere la forma di una vera e propria oggettività giuridica, a fianco delle altre (pretese) oggettività giuridiche cui viene ricondotto il senso dell'intervento penale in tempi di transizione, quali ad esempio beni-programma di carattere culturale (la conferma degli ideali democratici), concetti giusnaturalistici (la giustizia materiale) o neo-giusnaturalistici (la tutela degli "universali" diritti fondamentali), interessi di respiro socio-collettivo (la pacificazione, la memoria condivisa) e così via.

1.1.2. Variante riconciliativa (verità in cambio di impunità)

In questa variante della giustizia penale di transizione il diritto penale non è utilizzato (almeno in prima battuta) come mezzo di repressione ma, al limite, come incentivo per ottenere *verità* e *riconciliazione.* L'impronta *polemologica* della variante a carattere repressivo-giudiziario è qui – pur solo tendenzialmente e condizionatamente – abbandonata in favore di una conclusione *irenica*[665], che valorizza l'esigenza di creare una comunità (democratica) nuova e dunque di agire: a) sui processi di creazione di una *memoria collettiva condivisa*, grazie alla ricostruzione fattuale ufficiale degli eventi ed alla loro decodificazione politica e giuridica; b) sui meccanismi di controllo delle pulsioni sociali di vendetta; c) sui processi di sradicamento delle radici del conflitto, attraverso la redistribuzione delle responsabilità; d) sulla codificazione di nuovi valori (democratici)[666].

I (presunti) responsabili delle violazioni sono (solitamente) messi nella condizione di scegliere tra soddisfare il bisogno di verità delle vittime, partecipando alla ricostruzione collettiva dei fatti, oppure sottoporsi ad una processo penale diretto ad accertarne la responsabilità individuale e, se del caso, ad applicare una pena: il comportamento del soggetto, e in particolare la sua offerta di conoscenza, opererà infatti come *mediatore* materiale della decisione sulla non punibilità (o sulla riduzione della pena), potendo in particolare aprire l'accesso al godimento di provvedimenti di *amnistia* (condizionata).

In questa variante, la pena non è dunque utilizzata come strumento di regolamento dei conti con il *passato*, bensì come *leva* per recuperare una narrazione collettiva, quale mezzo discorsivo di elaborazione del passato e di costruzione del futuro: attraverso quella che è stata efficacemente definita come una «sospensione costituzionale della

---

Vi è dunque chi giustamente segnala i rischi di questa forma di persecuzione penale, affermando che «la questione della qualità e dell'efficacia dissuasiva di una giurisdizione penale che opera con criteri di selettività altamente discrezionali ed in dispregio dell'uguaglianza dei soggetti di diritto (…) finisce per dare vita a processi penali "esemplari", che si riducono spesso a cerimonie di degradazione morale degli imputati secondo una logica vittimistica e sacrificale»: Così D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori*, cit., 63. V. anche D. PULITANÒ, *Significato e funzione della pena nella giustizia penale internazionale,* in *Quest. Giust.,* n. 1, 2007, 73.

[665] Cfr. G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione,* in *Criminalia,* 2017, 52.

[666] A. LOLLINI, *La giustizia di transizione: il principio del duty to prosecutecome una nuova variabile di eterodeterminazione dei processi costituenti?*, in G. GOZZI–F. MARTELLI, *Guerre e minoranze. Diritti delle minoranze, conflitti interetnici e giustizia internazionale nella transizione alla democrazia dell'Europa Centro-Orientale*, Bologna, Il Mulino, 2004, 323 ss.

logica giudiziaria»[667], il diritto penale fa in modo di non assumere su di sé il problema del superamento del passato, affidandolo ad un meccanismo *extrapenale* ed *extragiudiziario* di soluzione dei conflitti[668].

Questa forma di giustizia di transizione si realizza, nella sua forma più compiuta, per mezzo dell'apporto operativo di una *Truth and Reconciliation Commission*[669], investita di un mandato temporaneo a documentare le passate violazioni, ricostruire una *verità* condivisa sui fatti, offrire uno spazio d'incontro tra trasgressori e vittime. Tale commissione, dotata di poteri di ricerca della prova simili ad un organo giudiziario, procede intervistando i soggetti interessati, vittime e trasgressori, raccogliendo materiale documentale, fotografico, audiovisivo e via dicendo; a tal fine, potrà essere dotata di poteri di *subpoena*, ossia di poteri sanzionatori nei confronti di chi rifiuti la partecipazione ai lavori o comunque ne ostacoli il buon esito. L'esito del lavoro della commissione sarà la preparazione di un *Truth Report*, in cui, in una forma semplificata ma comunque dettagliata e autorevole, s'individuando responsabilità collettive e individuali, si documentano le ragioni del fallimento di un certo progetto politico, economico o istituzionale e, infine, si offrono raccomandazioni, di tipo tecnico e politico, per il futuro.

Per ciò che riguarda la sua composizione, questo tipo di commissione è ispirata al modello dell'*institutional learning*, includendo un campione di nomi illustri quanto più eterogenei per sesso, ambito professionale e politico di appartenenza, tra cui anche esperti quali magistrati, accademici e alte cariche pubbliche, a formare una rappresentanza più dei poteri e dei saperi, ma tendenzialmente de-*politicizzata.*

> L'esperienza di transizione che prendiamo a riferimento per la costruzione del modello è data dalla *Commissione Sudafricana per la verità e la riconciliazione* (*Truth and reconciliation Commission* – TRC), istituita nel 1995 con decreto del Presidente *Nelson Mandela*. Questa Commissione, che rappresenta un esempio molto avanzato delle c.d. *Commissioni di verità* (*Truth Commission* – TC) già conosciute in America Latina, non operava in alternativa radicale allo strumento penale, ma valorizzava la confessione pubblica in cambio di impunità; impunità che però era condizionata all'effettivo ottenimento del risultato alternativo di *verità*. Il meccanismo era il seguente. Lo stato assumeva una posizione passiva, lasciando agli individui la libertà (apparente) di attivare la procedura alternativa, attraverso la manifestazione della volontà di confessione; confessione che avrebbe comportato un provvedimento di rinuncia alla pena, anche quando la pena fosse già stata irrogata. L'accesso alla procedura comportava sì il congelamento della forza coercitiva dello Stato, ma non la sua rinuncia definitiva: questa sarebbe arrivata, attraverso un provvedimento di amnistia individuale teso a escludere qualunque conseguenza sul piano penale, soltanto in caso di *full disclosure,* ossia quando le asserzioni effettuate davanti alla Commissione per la Verità e la Riconciliazione fossero giudicate *complete* e *veritiere*. Attraverso un'udienza pubblica, dunque, autori (*perpetrators*) e

[667] A. LOLLINI, *Costituzionalismo e giustizia di transizione*, cit., 202.
[668] Ovviamente la rinuncia alla sanzione penale non esclude l'impiego di altri strumenti sanzionatori a carattere non penale, quali ad esempio il licenziamento di funzionari e collaboratori dell'amministrazione pubblica, comprese polizia e forze armate coinvolti nella perpetrazione delle violenze, né l'obbligo di risarcire i danni sofferti dalle vittime.
[669] WIEBELHAUS-BRAHM E., *Truth Commissions and Transitional Societies: The Impact on Human Rights and Democracy*, Routledge, London, 2010.

vittima (o familiari della vittima) dialogavano per pervenire ad una verità *fattuale* condivisa[670]. Utilizzato in prima battuta come mezzo di persuasione, nell'eventualità del fallimento di questo compito (assenza di confessione come condizione di accesso alla procedura, oppure confessione nell'ambito della procedura non soddisfacente) il diritto penale sarebbe tornato ad assumere un tradizionale ruolo repressivo: ruolo che del resto non aveva mancato di svolgere nei primissimi anni dopo la fine del regime di *apartheid,* con diversi processi aperti e non poche sentenze di condanna, anche alla pena di morte. Il potere di *amnistia*, insieme ai poteri di *subpoena*, indagine e sequestro di materiale probatorio, ha costituito l'elemento che maggiormente ha contraddistinto questa commissione rispetto ad altre, conducendo gli osservatori ad assimilare la TRC a un organo dotato di potere quasi-giudiziario, quasi fosse una specie di quarta istituzione, con natura ibrida.

Un'altra esperienza interessante si rintraccia nei "giudizi per la verità" (*Juicios por la verdad*) argentini, istituiti per giudicare i crimini commessi durante la dittatura militare (1976-1983). Si assiste qui alla celebrazione del processo davanti a tribunali federali ordinari, tuttavia con il solo obiettivo di stabilire la verità: cosicché davanti all' "imputato" non vi era mai la possibilità di una pena (i *juicios por la verdad* intervengono dopo le politiche del perdono), ma solo la pronuncia di una dichiarazione sui fatti[671]. Anche questa esperienza deve essere ascritta alla variante *restaurativa-riconciliativa* della TJ, ma con l'essenziale differenza che la rinuncia alla pena si trova a monte e non a valle della *disclosure*; l'unico strumento "penale" in mano alle Corti per compulsare la confessione è allora dato dal potere di *subpoena.*

1.1.3. Variante pacificatrice (dell'oblio o del perdono)

In questa variante l'impiego dello strumento penale viene totalmente rinunciato. A differenza del modello precedente – e benché una riattivazione dello strumento punitivo non possa mai essere del tutto esclusa – il diritto penale *non* rimane sullo sfondo, come mezzo di pressione verso la partecipazione del soggetto ad altri meccanismi di soluzione dei conflitti, ma si fa da parte, e così facendo raggiunge il suo obiettivo di *pacificazione sociale*.

---

[670] La "verità" sul passato avrebbe dovuto essere ricostruita sulla base di tutti i punti di vista, attraverso la partecipazione sia di chi aveva praticato l'apartheid sia di chi ne aveva subito le conseguenze. La TRC poteva infatti concedere l'amnistia non solo ai membri delle forze di sicurezza e ai militari dell'apartheid, ma anche ai membri dei *black liberation movements* colpevoli di aver commesso crimini sia verso la popolazione civile bianca, sia verso i cittadini sudafricani neri (c.d. *black on black violence*). Cfr. M. COSTI–E. FRONZA, *Il diritto penale internazionale*, cit., 16-17; G. FORNASARI, *Giustizia di transizione e diritto penale*, cit., 64 ss.

[671] Su questa esperienza, D. PASTOR, *Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina,* in E. FRONZA–G. FORNASARI, *Il superamento del passato. Il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Università di Trento, Collana Dip. Scienze giuridiche, Trento, 2009, 99 ss., in cui l'A., a partire dall'esperienza argentina dei processi per la verità, utilizza sei modelli di analisi (teleologico, epistemologico, metodologico, tecnico, politico e, infine, storico), per criticare l'idea che il diritto processuale penale sia uno strumento idoneo a scoprire la verità storica in maniera ampia e affidabile. Sul più generale dibattito sulle intersezioni tra metodologia storica e giuridica, P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico,* in *Riv. it. dir. proc. civ.,* 1939, 105 ss.; M. TARUFFO, *Verità e giustizia di transizione,* in *Criminalia,* 2015, 21 ss. Un'altra perplessità su questi processi "senza pena" è stata sollevata in merito al fatto che questi processi siano potuti servire come uno stratagemma per raccogliere dichiarazioni ed informazioni (dunque, prove) in vista della futura celebrazione di veri e propri processi penali, nel momento in cui fosse venuto meno l'impedimento legislativo allora vigente. Cfr. Inoltre, G. FORNASARI, *Giustizia di transizione,* cit., 95 ss. in part. 101-102.

In particolare, nel modello dell'oblio la sospensione costituzionale della logica repressivo-giudiziaria tende a identificarsi con l'*estinzione* della punibilità mediante un provvedimento di clemenza a carattere generale[672] (anche se non sono mancate esperienze di provvedimenti di perdono *nominatim*), che assume generalmente la forma dell'*amnistia*[673] (o dell'*indulto*), pur con differenze anche molto marcate all'interno delle diverse esperienze di transizione (in particolare, rispetto alle modalità di adozione del provvedimento di perdono) e con diversi gradi di "legittimità"[674].

Ovviamente la rinuncia alla sanzione penale non esclude l'impiego di altri strumenti sanzionatori a carattere non penale, quali ad esempio il licenziamento di funzionari e collaboratori dell'amministrazione pubblica, comprese polizia e forze armate coinvolti nella perpetrazione delle violenze, né il ricorso a meccanismi giudiziari extrapenali o extragiudiziari di soluzione dei conflitti. Sul perché si scelga la via dell'oblio (e del perdono) non può essere posta una parola definitiva; alla base vi è sicuramente un generale bisogno di pacificare, perdonare, ricostruire il tessuto sociale eliminando da subito ed incondizionatamente ogni elemento di divisione tra i diversi gruppi di soggetti. Probabilmente questa scelta ha a che vedere, nel profondo, con un senso di colpa collettivo per i fatti accaduti, e con la difficoltà di tracciare una linea netta tra

---

[672] In generale sul tema, V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'*indulgentia principis *all'*idea dello scopo, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007.

[673] K. AMBOS, *El marco jurìdico de la justicia de transicìon,* in K. Ambos–E. Malarino–G. Elsner (editores), *Justicia de Transiciòn,* Montevideo, 2009, 34; V. L. MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide (Studies in International Law),* Hart Publishing (UK)*,* Oxford, 2008.

[674] Quando l'ambientazione dell'impiego dell'amnistia è il contesto di transizione da un regime dittatoriale, in cui gravi violazioni dei diritti umani sono state perpetrate da parte di soggetti appartenenti all'apparato statale, verso un regime democratico la cui tenuta dipende dalla capacità di sanare il conflitto passato, potrebbero porsi dei problemi rispetto alla legittimità del provvedimento a seconda dell'organo che lo adotta. La dottrina che si è dedicata allo studio dell'impiego dell'amnistia in contesti di transizione (V. L. MALLINDER, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions*, cit., 30 ss.) ha rilevato in particolare quattro modalità di adozione di questo strumento , in cui il problema della legittimità si articola variamente: i) Mediante un *esercizio di discrezionalità del potere esecutivo*, e precisamente per mezzo di un decreto di presidenziale (v. l'amnistia "Togliatti"), anche su consiglio di organi preposti al supporto dell'attività di governo. Si tratta della modalità più diffusa, in cui rientrano – accanto ai casi in cui il potere esecutivo è quello democraticamente eletto nel contesto di transizione oppure quello espresso da forze insediatesi per il periodo necessario a procedere all'elezione delle nuove forze di governo – anche ipotesi di autoamnistia, ossia di provvedimenti adottati dagli stessi rappresentanti del regime responsabile degli abusi. Sulla legittimità di queste ultime si addensano seri dubbi; ii) Mediante *accordi di pace* , adottati per risolvere conflitti interni. Benché formalmente emessa da un governo democraticamente eletto, la sua legittimità appare dubbia nel momento in cui sia usata in cambio della cessazione delle violenze, come mezzo per convincere un gruppo di ribelli a deporre le armi, potendo in tal caso essere vista come emanazione della volontà esclusiva dei suoi beneficiari; ii) Mediante leggi di amnistia . Trattasi di modalità che non pone alcun problema rispetto alla sua legittimità, a condizione che il Parlamento che la introduce – magari anche solo ratificando un'amnistia contenuta in un accordo di pace – sia eletto tramite una consultazione svoltasi in piena conformità con le regole democratiche e a patto che si tratti di sistema che garantisce un'adeguata rappresentanza delle minoranze; iv) Mediante *consultazione popolare*, che può avvenire nella forma di un programma di consultazione finalizzato all'istituzione di una *Thruth Commission* (così è stato in Sud Africa per l'amnistia condizionata prevista come meccanismo di accesso alla TRC), nell'ambito di una chiamata elettorale per il voto dei nuovi organi rappresentativi, oppure mediante referendum. Ovviamente la legittimità di questo metodo dipende dal grado di libertà garantito ai cittadini nell'espressione del voto.

responsabili e vittime del sistema. Certo è che si tratta di decisione squisitamente *politica*, che potrà essere discussa e polemizzata, ma difficilmente sindacata.

2. Diritto penale d'eccezione (per tempi a-normali) e crisi economica

Il modello che definiamo come *diritto penale d'eccezione* non ha ricevuto in dottrina una sistemazione organica, a carattere paradigmatico, continuando ad albergare in una terra di confine tra il diritto penale dell'emergenza[675] e dello stato di eccezione[676].

[675] Nei suoi studi in tema di garantismo penale, *Luigi Ferrajoli* ha parlato di un «diritto penale d'eccezione», in contrapposizione a un diritto penale ordinario (e della ragione). E tuttavia, al di là delle etichette è ovvio che l'A. si riferisse ad un diritto penale a carattere "emergenziale" (cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 845 ss.). Il modello emergenziale rinvia in particolare alla "legislazione penale d'emergenza" che in Italia ha caratterizzato moltissime fasi della storia criminale italiana: dalla stagione del brigantaggio prima, al terrorismo politico degli anni '70 poi, passando per i periodi dei massacri di origine mafiosa degli anni '90, arrivando a Tangentopoli. L'analisi di *Ferrajoli* muove in particolare dall'osservazione della fisionomia assunta dal diritto penale nel contesto della stagione emergenziale del terrorismo politico attraversata dal nostro Paese negli anni '70, fase a cui risalirebbe l'emersione di un nuovo modello di diritto penale che, da allora penetrato nella cultura dei giudici come nelle pratiche legislative, tenderebbe a riproporsi, secondo identiche forme, ad ogni occasione di emersione di un fenomeno criminale di ritenuta portata "emergenziale": dalla criminalità organizzata, alla corruzione politica e amministrativa, al traffico internazionale di droga e di armi, all'alta criminalità economica e finanziaria. Per ciascuna di queste emergenze, l'invocazione della *ragion di stato*, modernamente tradotta nella difesa dello Stato di diritto e della democrazia, consentirebbe di sostituire al principio di necessità (negativa) dell'intervento penalistico, un criterio informatore del diritto (e del processo) penale non più giuridico, ma immediatamente politico, non più subordinato alla legge, quale sistema di vincoli e garanzie, ma ad essa sovraordinato. Cfr. in tema anche S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale,* II ed., Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2000. In particolare, sul modello emergenziale nel periodo "Tangentopoli", v. T. PADOVANI, *Il problema "Tangentopoli, tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2, 1996, 448 ss. (il quale configura una triplice articolazione dell'emergenza come emergenza processuale, punitiva, politica), nonché D. PULITANÒ, *La giustizia penale alla prova del fuoco,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* fasc.1, 1997, 3 ss. per riferimenti P. TRONCONE, *La legislazione penale dell'emergenza in Italia*. *Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo stato liberale allo stato democratico di diritto*, Jovene, Napoli, 2001. Il modello dell'emergenza rivela una grande attualità (v. A. CAVALIERE–C. LONGOBARDO–V. MASARONE–F. SCHIAFFO–A. SESSA (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Studi in Onore di Sergio Moccia*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017), tornando a riproporsi anche nella legislazione e nella giurisprudenza più recente (in particolare, ancora in materia di corruzione e di criminalità mafiosa). A differenza del modello del diritto penale d'*eccezione* che tratteggeremo, la situazione che fonda il modello penale dell'emergenza non è data da un evento storico che incide dall'esterno sulle caratteristiche del fenomeno criminale (la guerra, un terremoto, una carestia, un'emergenza rifiuti, la crisi economica), ma è, al contrario, il fenomeno criminale stesso, nella portata "massiva" e "preoccupante" che assume agli occhi del sistema penale, a caratterizzarsi come "emergenza". Poiché i limiti temporali del "fenomeno criminale" risultano più sfumati di quelli di una situazione esterna di stampo eccezionale, la disciplina del diritto penale dell'emergenza tende a nascere già come soluzione permanente nell'ordinamento. È pur ovvio che possa essere la presenza di una situazione di tipo umano o materiale a carattere eccezionale a determinare l'andamento di un determinato fenomeno criminale; ma il diritto penale, senza osservare i rapporti tra la condizione determinante e il fenomeno, si focalizza solo su quest'ultimo e lo assume come emergenza da contrastare. Per questa ragione ci è parso che fosse più calzante, per la nostra indagine, il modello d'eccezione.

[676] Gli studi condotti sullo stato d'eccezione, inteso come sospensione dello stesso ordine giuridico, e in particolare il lavoro di *Giorgio Agamben* (G. AGAMBEN, *Stato di eccezione,* Bollati Boringhieri editore, Torino, 2003, ma vedi anche il anche il *Rapport Questiaux – Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations known as states of siege or emergency* U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15, 1982, dove si dà testimonianza pratica dello svolgersi del paradigma), consentono

Eppure, tracce del modello emergono all'interno degli studi in tema di "leggi penali d'eccezione"[677], da cui partiamo per tentare di pervenire a una modellizzazione.

La dottrina più accreditata rinviene nella nozione di "leggi eccezionali" in uso nel nostro diritto positivo (in particolare, all'art. 2, co. 5, c.p. e 14 delle *Preleggi*) due significati completamente diversi: di norme derogatorie rispetto alle norme di diritto comune o ordinarie (dunque come norme di diritto singolare), e di norme emanate per soddisfare eccezionali bisogni dello Stato o per fronteggiare circostanze ed avvenimenti straordinari, fuori dal corso comune delle cose (norme "straordinarie" o

---

di individuare tre marcatori che indefettibilmente definiscono lo stato di eccezione. Il primo e più importante marcatore coincide con la presenza di una situazione (tendenzialmente: la presenza di un fatto a carattere *lato sensu* emergenziale) di *necessità-fonte*, quale meccanismo di legittimazione positiva di questo particolare stato dell'ordine giuridico. Nel *Rapport Questiaux,* si dice che alla base dello stato d'eccezione/emergenza possono trovarsi tre tipi di situazione «*resulting from* (1) *a serious political crisis (armed conflict and internal disorder)*, (2) *force majeure (disasters of various kinds)* or (3) *particular economic circumstances, notably those relating to underdevelopment*». Secondo alcune concezioni la teoria dello stato di eccezione si risolverebbe addirittura integralmente in quella dello *status necessitatis*. Così per gli antichi (in particolare *Graziano* e *Tommaso*) e per i moderni (in particolare *Santi Romano*), che pur intendendo l'adagio latino *necessitas non habet legem* in due sensi opposti (per gli uni la necessità definisce una situazione singolare in cui la legge perde la sua *vis obligandi,* per gli altri la necessità *fait loi,* costituendo il fondamento ultimo e la sorgente stessa della legge), guardano alla necessità come a un dato obiettivo, fattuale, in grado di esaurire il problema della legittimità dello stato di eccezione. In particolare, in base alla teoria di *Santi Romano*, lo stato di necessità che fonda e giustifica lo stato di eccezione, si pone come una dimensione sorgiva e primeva, in cui il fatto e il diritto sfumano quasi l'uno nell'altro (cfr. S. ROMANO, *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria,* in *Riv. dir. pubblico»,* 1909 (ora in ID., *Scritti minori,* vol. I, Giuffré, Milano 1990, 362). In questa prospettiva, alla *necessità* che fonda l'eccezione andrebbero riconosciuti i caratteri di *immediatezza* e *obiettività*; essa cioè s'imporrebbe nella sua evidenza, senza bisogno di un atto legislativo formale che ratifichi o approvi i provvedimenti emanati in via eccezionale e addirittura a prescindere da una vera e propria scelta di ordine politico. Il secondo marcatore dello stato di eccezione è stato individuato nella *rottura dell'equilibrio tra poteri*. I poteri maggiormente interessati sarebbero quello esecutivo e quello legislativo, destinati a riunirsi e confondersi negli stessi soggetti. «Finché i due elementi permangono correlati» – scrive *Agamben* – «ma concettualmente, temporalmente e soggettivamente distinti (…) la loro dialettica – ancorché fondata su una finzione – può tuttavia in qualche modo funzionare. Ma quando essi tendono a coincidere in una sola persona, quando lo stato di eccezione, in cui essi si legano e si indeterminano, diventano la regola, allora il sistema giuridico-politico si trasforma in una macchina letale» (cfr. G. AGAMBEN, *op. cit.*, 109-110). Neanche il potere giudiziario rimarrebbe però immune da questa confusione. Per *André Mathiot* quel giudice che in tempi normali è incaricato di colmare le lacune di diritto, nello stato di eccezione sarebbe chiamato ad elaborare lui stesso un «diritto positivo di crisi», laddove la legge positiva rimanga ormai troppo distante dalla realtà vorrebbe invece pretendere di continuare a regolare (A. MATHIOT, *La théorie des circonstances exceptionnelles*, in *L'évolution du droit public*, *Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, 1956, 413-428). Il terzo marcatore – per *Agamben* "prestazione specifica" dello stato di eccezione – sarebbe da individuarsi nel immediato riflesso tecnico-giuridico della confusione dei poteri, ossia nell'«isolamento della forza di legge dalla legge». Quando i poteri si confondono, può accadere che la legge (o atto ad essa comparato), che non si applica, trasferisca la propria forza su atti (decisioni) che invece si applicano. Lo stato d'eccezione potrebbe essere, in definitiva, descritto come uno spazio di tensione in cui l'opposizione tra la legge e la sua applicazione raggiunge la massima intensità, e l'elemento – anomico e metagiuridico – dell'*auctoritas* si fonde con quello – normativo e giuridico in senso stretto – della *potestas*: ai nostri occhi, qualcosa di molto vicino alla situazione di sospensione dalla delega punitiva auto-indetta dal sistema giudiziario nel periodo di crisi, verso i comportamenti che quello stato di crisi hanno provocato.

[677] In particolare cfr. G. VASSALLI, *Leggi penali eccezionali e divieto di analogia,* in *Scritti giuridici,* vol. I, Giuffré, Milano, 1997, 36-59, originariamente in *Rass. di dir. it.,* Istituto degli studi legislativi, 1944, 9-25; ID., *Limiti del divieto d'analogia in diritto penale (norme ordinarie e norme eccezionali),* Milano, Giuffré, 1942, 28 ss.

"emergenziali"). È in questo secondo senso, e non nel primo, che l'espressione è usata all'interno dell'art. 2, co. 5, c.p., ed è in questo secondo senso che a noi interessa il fenomeno delle leggi eccezionali, in quanto leggi – incriminatrici o meno – emanate in ragione di circostanze eccezionali, e vigenti per tutto il tempo che tali circostanze permangono[678].

È tuttavia *normale* che capiti – ma non capita *sempre*[679] – che queste norme eccezionali in senso stretto siano anche norme *derogatorie*, vale a dire norme costituenti una deviazione da un principio normativo espresso o altrimenti ricavabile dal diritto comune.

Il carattere di eccezionalità, in definitiva, non è da attribuirsi alla norma in sé, bensì alla situazione *congiunturale* che ne ha richiesto l'introduzione nel quadro normativo; proprio lo strettissimo collegamento *motivazionale* tra una determinata realtà *extra*-giuridica da fronteggiare con un provvedimento di legge *ad hoc* e l'innovazione normativa giustifica il venir meno della legge eccezionale, una volta cessato il motivo della sua permanenza nell'ordinamento. Identica è dunque, nei suoi effetti ultimi, la peculiarità delle leggi *eccezionali* e di quelle *temporanee*: in questo secondo caso, tuttavia, la natura meramente transeunte dell'intervento legislativo si ricollega già ad una preventiva determinazione da parte del legislatore, che, in via del tutto singolare rispetto alla consueta durata indeterminata delle leggi, fissa un termine finale di efficacia della previsione di nuovo conio[680]. Per le norme *eccezionali*, invece, la durata non è formalmente prestabilita, essendo essa condizionata dall'andamento imponderabile degli eventi che ne costituiscono la premessa logica. Ciò che più contraddistingue le norme di cui parliamo è dunque il loro carattere di *contingenza*, dato dal loro legame con una situazione *eccezionale*, che solleva particolari esigenze dello Stato rispetto alla salvaguardia dei *bisogni* dei suoi cittadini; legame che è da considerarsi tuttavia in senso più penetrante rispetto a un rapporto di semplice occasionalità o circostanzialità[681]: la situazione eccezionale non è né occasione né circostanza della norma, bensì sua *ratio*.

---

[678] La categoria delle norme eccezionali non si distigue agilmente da quella delle leggi temporanee in quanto le prime, per quanto non esplicitamente legate a una disciplina che ne limita gli effetti nel tempo, sono previste in collegamento con eventi anomali comunque destinati ad esaurirsi in un lasso di tempo più o meno circoscritto, il cui *dies ad quem*, pur non essendo prefissato, si dà per certo, essendo rimesso alla cessazione dell'evento cui la norma è ricollegata.

[679] In particolare, può succedere che leggi eccezionali (in senso stretto) contengano norme che costituiscono la conferma o anche la ripetizione di principi di diritto comune, oppure norme che vengano a porsi come norme-principio sullo stesso piano delle altre norme di diritto comune, o che si caratterizzino per essere leggi speciali, nel senso di specificazione o complemento non contrastante con disposizioni dettate in via generale dal diritto comune. G. VASSALLI, *op. ult. cit.,* 54–55 e in part. nota 43.

[680] Cfr. A. PAGLIARO, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Giuffré, Milano, 1973, vol. XXIII, 1063 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 47.

[681] G. VASSALLI, *Leggi penali eccezionali,* cit., 36: «Non tutte le leggi penali emanate in previsione, nell'imminenza o in occasione dello stato di guerra sono, per ciò solo, da ritenersi eccezionali. Così per esempio non saprebbe ritenersi eccezionale la l. 28 luglio 1939, n. 1097, contenente disposizioni penali in materia di scambi, di valute e di commercio dell'oro, la quale – pur essendo stata emanata in periodo di emergenza – rappresenta piuttosto la conclusione e la consacrazione legislativa di un indirizzo

La norma eccezionale (s'intende qui di tipo *sostanziale*) si rivolge infatti a condotte che non sono concepibili in tempi normali o che in tempi normali assumerebbero un significato (disvalore) diverso agli occhi dell'ordinamento.

Solo in base al loro carattere di *contingenza* (e non a quello derogatorio, che invece è alla base dell'applicazione dell'art. 14 delle *Preleggi* sul divieto di analogia in caso di norma penale derogatoria *non* incriminatrice) si giustifica, del resto, la disciplina del *tempus regit actum* (art. 2, co. 5, c.p.) che informa le leggi eccezionali. Volendo interrogarsi sulle ragioni giustificatrici di questa previsione, si dovrà distinguere a seconda che la legge eccezionale detti una disciplina più sfavorevole oppure più favorevole rispetto al regime ordinario precedente. Nel primo caso, le ragioni scaturiscono da esigenze di prevenzione generale, dal momento che, ove fosse ammessa la retroattività della legge abrogatrice e di quella più favorevole, la legge eccezionale, destinata ad essere sostituita dal diritto ordinario (normalmente più favorevole o persino privo di una disciplina punitiva del fenomeno), perderebbe la sua efficacia deterrente, soprattutto nella sua ultima fase di applicazione (*prevista* nel caso di leggi temporanee e *prevedibile* nel caso di leggi eccezionali).

Nel secondo caso, quando la legge eccezionale costituisca in concreto *lex mitior* rispetto al regime ordinario precedente (per cui non vi sarebbe ragione di escludere la sua applicazione ai fatti pregressi), a giustificare il peculiare regime normativo sarebbe la circostanza che la legge eccezionale (o temporanea) è per sua intrinseca natura riferita solo ed esclusivamente a fatti commessi durante la sua vigenza, in quanto correlati alle peculiari ragioni che hanno ispirato la disciplina *extra ordinem*[682]; e solo in base all'eccezionalità (straordinarietà, anormalità) delle circostanze si legittima la differenza di trattamento che l'art. 2, co. 5, c.p. introduce nell'ordinamento[683].

> Di leggi penali eccezionali così definite possono essere portati numerosi esempi. Tra i più risalenti, ma meglio esemplificativi, troviamo la legislazione penale annonaria contro le varie forme di sottrazione al consumo introdotta in Italia – sulle ceneri della normativa in materia di accaparramenti risalente alla prima guerra mondiale e all'immediato dopoguerra – a partire dal 1939, in diretta dipendenza degli accaparramenti e delle incette verificatisi nei mesi di massima tensione internazionale, e culminata nella l. 8 luglio 1941[684].
>
> Esempio più recente, ma altrettanto illustrativo, è dato dalla normativa emanata nell'ambito dell'emergenza rifiuti in Campania. Il d.l. 23 maggio 2008, n. 90 (conv. l. 14

---

dell'economia contemporanea, che, per quanto possa essere ritenuto anormale rispetto a fondamentali postulati dell'economia classica, non può in alcun modo definirsi eccezionale».

[682] Cfr. T. PADOVANI, *Diritto penale,* cit., 47–48; ID., *La c.d. ultrattività delle leggi penali finanziarie e il principio costituzionale di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1975, 28 ss.

[683] ID., *La c.d. ultrattività delle leggi penali*, cit., *passim. Tullio Padovani*, proprio sulla base della non eccezionalità delle esigenze fiscali dello Stato, argomenta qui sulla illegittimità dell'art. 20, co. 4, della l. 7 gennaio 1929, n. 4 che equiparava la disciplina delle leggi penali finanziarie a quella che l'art. 2, co. 5, c.p. (allora co. 3) riserva alle leggi penali eccezionali e alle leggi penali temporanee. L'ammissibilità delle le leggi fiscali, sol perché dettate per far fronte a un'esigenza dello Stato alla categoria delle leggi eccezionali appare infatti implausibile e rischia di condurre alla conseguenza paradossale per cui tutte le leggi penali, in quanto sempre nascenti in occasione di una data necessità sociale da tutelare, sarebbero da ricondure ad un'analoga qualifica di legge eccezionale.

[684] Per approfondimenti, v. G. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 43–47.

luglio 2008, n. 123) e il d.l. 6 novembre 2008, n. 172 (conv. l. 30 dicembre 2008, n. 210) raccolgono infatti una disciplina penale[685] che ha tutti i crismi di una normativa penale d'eccezione (per larga parte *anche* derogatoria e, come è stato notato, emanata nell'ambito di quello che può essere definito un vero e proprio "stato di eccezione"[686]): dipendenza da un fatto (umano) a carattere anomalo – che in questo caso ha fondato la dichiarazione di uno "stato di emergenza" ai sensi dell'art. 5, l. n. 225/1992 – e ultrattività; in più, questa normativa presenta la peculiarità di essere "eccezionale" oltre che *ratione temporis* anche *ratione locis*.

Partendo da quelli che ai nostri occhi sembrano i punti fermi della materia delle leggi penali eccezionali, *per estensione* giungiamo a definire il *diritto penale d'eccezione* come *l'insieme delle misure penali (di tipo sostanziale e processuale) adottate per rispondere a una particolare situazione di fatto a carattere anormale o straordinario, sia esso un evento umano (es. una guerra o un'emergenza rifiuti, ma anche una crisi economica) o naturale (una carestia, un terremoto, un'alluvione, un'epidemia etc.), limitatamente al tempo in cui tale situazione perdura.*

2.1. I caratteri del diritto penale d'eccezione. Diritto penale d'eccezione vs. *diritto penale "congiunturale" di crisi*

La funzione del diritto penale d'eccezione è stata appena enucleata: far fronte a esigenze anomale dell'ordinamento. Questa funzione si specifica in particolare: i) nella garanzia dell'ordine interno allo Stato, in presenza di una situazione di fatto che tende a produrre disordine sociale; ii) nella garanzia delle condizioni essenziali di sopravvivenza e sviluppo della popolazione, a partire dai suoi bisogni primari, in particolare vita e salute, fino alle condizioni di *benessere economico*.

Il diritto penale d'eccezione, nel senso da noi inteso, è dunque caratterizzato dalla presenza di un *contesto eccezionale* che, per la sua *durata*, modifica il contenuto *tipologico* di alcuni precetti e/o la misura di alcune pene, oppure le normali regole di procedura (in particolare, di quelle che governano la raccolta delle prove e che regolano l'esercizio del diritto di difesa in giudizio). Si tende peraltro a ritenere che il diritto penale d'eccezione operi in una direzione espansiva sia dell'area della penalità, estendendo la risposta punitiva a fatti che in tempi normali non sono puniti, sia della

[685] Nel suo complesso la normativa introduceva nuove fattispecie di reato, talvolta estendendo condotte già punite in via codicistica a tutela dell'ambiente e della salute alla più specifica materia dei rifiuti, talatra incriminando *ex novo* condotte altrove non costitituenti reato (es. reato di abbandono di rifiuti ingombranti domestici), oppure aggravando le pene di condotte altrove punite più blandamente. Ma nella stessa logica eccezionale rientrano anche le previsioni in materia di *non punibilità* (secondo quella che è stata definita una *causa di giustificazione extracodicistica*) dei soggetti che, chiamati a risolvere la situazioni rifiuti e dotati a tal fine di poteri particolari, incorressero nella commissione di alcuni reati in materia di riufiti, paesaggistica e del lavoro. Su questi aspetti, v. C. RUGA RIVA, *Stato di emergenza e delimitazione territoriale. Verso un nuovo diritto penale dell'eccezione?,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3, 2009, 1089 ss.

[686] *Ivi* e più esplicitamente F. FORZATI, *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, Ilva ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d'eccezione oltre lo stato di diritto,* in *Dir. pen. cont.*,11 marzo 2015.

misura della pena, punendo più gravemente fatti che in tempi normali sono puniti più blandamente[687]; questo ovviamente anche quando, tornato a vigere un tempo *normale*, il diritto penale sia tornato a ritrarsi e la pena a rivestire caratteri di minore afflittività. Tuttavia questa direzione espansiva è più un carattere *tendenziale* che un tratto *tipico* del diritto penale d'eccezione; può infatti benissimo accadere che la disciplina dettata per il tempo straordinario sia più favorevole rispetto a quella dettata per il tempo ordinario[688]; e tuttavia, poiché nel diritto penale d'eccezione vige il principio del *tempus regit actum*, tale disciplina più favorevole *non* si applicherà retroattivamente.

Ribadiamo che, ovviamente, insieme alla dimensione *sostanziale*, esiste anche una dimensione *processuale* del diritto penale d'eccezione, allorché il contesto eccezionale richieda di ricorrere ad organi "speciali", istituiti per i tempi eccezionali (dunque a carattere intrinsecamente *temporaneo*), o a forme processuali particolari (es. procedure abbreviate che rimangono nell'ordinamento *solo* per il tempo necessario al superamento del contesto eccezionale); senza peraltro escludere che questa modifica *processuale* possa ripercuotersi sulla dimensione *sostanziale* del diritto penale.

Questo diritto penale *eccezionale* non potrà dunque essere confuso con una più ampia e più sfumata forma di diritto penale *congiunturale* che, nell'insieme dei suoi formanti, appaia orientato al *contesto* (segnatamente, quello di *crisi economica*), ma senza individuare una linea netta di separazione tra la disciplina pensata per *quel* contesto (eccezionale) e la disciplina pensata per il tempo normale. Passando dai due canali della *meritevolezza* e del *bisogno* di pena, l'influenza esercitata dal *contesto* potrà infatti attraversare, più o meno esplicitamente, sia le scelte politico-criminali operate dal legislatore, sia, ed inevitabilmente, quelle della magistratura, organizzate in *orientamenti*, senza necessariamente con ciò segnare l'emersione di un diritto penale d'*eccezione.*

3. Diritto penale di "lotta" e "crisi economica"

Da qualche tempo si discute[689] di un diritto penale costruito attorno al concetto di "lotta", orientato a "combattere" e "vincere" determinati fenomeni criminali per mezzo

[687] V. ad es. il reato di *Corruzione del cittadino da parte dello straniero*, le cui pene sono aumentate per il "tempo di guerra" (art. 246 c.p., co. 3, n. 1).

[688] Già G. VASSALLI, *op. ult. cit*., 48, nota 28, notava che la definizione di C. SALTELLI (*L'analogia e i principi generali di diritto in materia penale,* in *Ann. dir. proc. pen.,* 1934, 23), secondo cui le leggi eccezionali sarebbero caratterizzate da una maggiore severità rispetto alle norme giuridiche preesistenti, non potrebbe essere accettata. E infatti, diceva, questa definizione avrebbe condotto a escludere dalle norme eccezionali la l. 9 luglio 1940, n. 924 (norme relative alla sospensione dei procedimenti penali e alla esecuzione della pena), che eppure era una tipica legge determinata dallo stato di guerra e dettata per far fronte alle esigenze di questo.

[689] Non possiamo celare come questo particolare modello di diritto penale si sia affacciato nella riflessione dottrinaria – il riferimento va direttamente a MASSIMO DONINI – nell'ambito del dibattito sorto intorno a un altro "modello", quello del "nemico", elaborato da GUNTHER JAKOBS (v. con G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico* (traduzione a cura di F. Resta dell'articolo *Derecho penale del ciudadano y derecho penal del enemigo,* pubblicato in G. JAKOBS–M. C. MELIÀ, *Derecho penale del enemigo, Cuadernos Civitas,* Madrid, 2003, 19-56), in M. Donini–M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico.*

dell' "arma" della pena. La dottrina ha messo infatti in luce – ed a noi pare un dato innegabile – come i termini di "lotta", "combattimento" e "sconfitta", dai preamboli e dalle dichiarazioni politiche dei governanti, abbiano invaso i testi legislativi, in particolare europei[690], e da qui abbiano finito per permeare anche la decisione giudiziale, piegando anch'essa agli obiettivi di lotta.

Un dibattito internazionale, Milano, 2007, 5 ss.; ID., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità,* in A. Gamberini – R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, il Mulino, Bologna, 2007, 120 ss.). Il modello del *nemico*, nato all'ombra di una forte pregiudiziale teorica (in particolare, l'idea di ascendenza luhmaniana che l'ordinamento giuridico debba sviluppare strategie rispondenti alle esigenze difensive provenienti dalla società), veicola concetti estremi e pericolosi (la suddivisione degli individui in persone e non-persone, la neutralizzazione della non-persona insensibile alla minaccia penale per motivi culturali, etici, biologici) e, prima di essere categoria analitico-descrittiva, tende a risultare una categoria postulata al fine di legittimare un certo programma politico-criminale di carattere illiberale, fortemente orientato sull'*autore*. L'ambiguità del modello del *nemico* emerge sin dalla dimensione metaforica deliberatamente attinta dal suo ideatore: evocando l'imponenza di un conflitto armato che, a ben vedere, in nessuna delle situazioni che al paradigma sono ricondotte (contrasto alla criminalità organizzata di tipo mafioso o al terrorimo) possiede una consistenza reale, la metafora, di per sé fuorviante, sembra buona solo ad autorizzare l'utilizzo di mezzi (tra cui, la pena di morte) corrispondenti alla dimensione di guerra deliberatamente evocata. Anche per questo il paradigma del nemico è stato – giustamente – oggetto di dure critiche (v. ad es. T. PADOVANI, *Diritto penale del nemico,* cit., 330 ss). Non si può certo dire che il modello di *lotta*, sul piano della bontà della metafora impiegata, si distingua per meriti da quello del nemico. Inequivocabilmente la metafora allude ad un diritto penale lontano dalla cultura del garantismo classico. E tuttavia, in questo secondo caso, la metafora non appartiene a colui che ha proposto il paradigma (MASSIMO DONINI), bensì in primo luogo al legislatore, che dichiara di voler "lottare" contro certi *fenomeni*, e poi anche ai giudici che tale programma di lotta si trovano ad attuare. Il modello in parola, allora, serve anzitutto ad indagare i risvolti più rovinosi di questa metafora bellica che, da immagine utilizzata a fini meramente politici o critici, si è fatta concetto normativo, trasformando l'interpretazione delle regole e l'applicazione del diritto. 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, 55 ss.; ID., *Diritto penale di lotta* vs *Diritto penale del nemico,* in A. Gamberini–R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico,* cit., 131 ss. Criticamente su questo nuovo modello e sulla difficoltà di distinguerlo dal diritto penale del nemico: A. CAVALIERE, *Diritto penale del nemico e di lotta: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali,* in A. Gamberini–R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, cit., 265 ss.; M. PAVARINI, *La giustizia penale ostile: un'introduzione, in Studi sulla questione criminale. Nuova serie di "Dei delitti e delle pene",* 2007, 2, 7 *ss.* (in part. 14 ss.).

[690] I testi legislativi europei che si richiamano alla finalità di lotta sono molto numerosi. L'idea della lotta e l'impegno ad una prassi conforme sono inseriti espressamente all'interno delle leggi penali o quanto meno delle leggi che con esse "fanno corpo", figurando addirittura in testi "costituzionali" come il TFUE. Questo testo si trova infatti ad essere tempestato dai richiami alla lotta e alla necessità di combattere fenomeni criminali generali. Si veda ad esempio quanto è scritto all'art. 3 TFUE: 1. [omissis] 2. L'Unione offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata [omissis] la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima. Significativo è poi l'art. 325 TFUE: 1. L'Unione e gli Stati membri *combattono contro la frode* e *le altre attività illegali* che ledono gli *interessi finanziari* dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione; 2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, *le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari*; 3. [omissis]; 4. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione della Corte dei conti, *adottano le misure necessarie nei settori della prevenzione e lotta contro la frode* che lede gli interessi finanziari dell'Unione, al fine di pervenire a una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione.

Divenuta in particolare una costante epistemologica[691] del diritto penale europeo e, a seguire, nazionale, la *lotta*, in questa sua veste normativa, tende ad investire le funzioni ordinarie del diritto penale e la stessa dimensione giurisdizionale, attraverso la nascita di un'*ermeneutica* di *lotta* che attua lo *scopo* (la vittoria su un certo fenomeno criminale) rintracciato nelle fonti di riferimento[692]. Pare dunque legittimo domandarsi, in particolare, se i *fenomeni criminali* che attentano all'integrità dei mercati finanziari abbiano richiamato un intervento di *tipo militante* da parte delle istituzioni (pensiamo in particolare all'Unione europea) chiamate a garantire, specie in tempi di crisi, la sicurezza di quei mercati, proteggendoli dagli *abusi* che ne possano turbare il buon funzionamento.

3.1. I caratteri del diritto penale "di lotta"

Sul terreno di lotta, il diritto dismette la funzione di tutela dei beni giuridici che maggiormente gli è propria per assumere su di sé lo scopo di "vincere" alcuni fenomeni criminali assunti come specialmente dannosi o pericolosi, annientando, se del caso, i soggetti che di quei fenomeni sono espressione. La finalità della "sconfitta" dei fenomeni criminali non è però ovviamente l'unico obiettivo del diritto penale di lotta. Il legislatore che dichiara di voler "lottare" contro un determinato fenomeno criminale è infatti spesso, anzitutto, in cerca di legittimazione e di consenso, all'interno di un progetto più ampio di (auto)*legittimazione* politica. La pena, allora, accanto allo scopo di neutralizzazione del fenomeno pericoloso, persegue un intendimento latente, occulto, che consiste nell'affermazione (politica) delle istituzioni che s'incaricano della battaglia. Non è un caso, infatti, che il diritto penale più intensamente permeato dall'idea di *lotta* sia – come accennato – quello di matrice europea[693].

Abbiamo detto che il "diritto penale di lotta" ha ad oggetto fenomeni criminali (estremi ed eversivi o anche solo diffusi) valutati come pericolosi dall'ordinamento; tuttavia, più che ai trasgressori (gli "avversari") che esprimono o rappresentano in maniera contingente il *fenomeno* contro il quale gli organi pubblici (i combattenti) usano le "armi" giuridiche, il diritto penale di lotta più direttamente si rivolge proprio a questi ultimi. La polizia giudiziaria, il pubblico ministero e, infine, anche il giudice, sono infatti i più diretti destinatari della normativa e degli imperativi di "lotta"; ma se la

[691] Cfr. M. DONINI, *Diritto penale di lotta*, cit., 57.
[692] *Ibidem.*
[693] *Ivi*, 60: «Il clima di *lotta*, l'utilizzo lessicale di questo termine giuridico, di questo impegno collettivo al quale sono chiamati i pubblici poteri, giudici compresi, sono ormai estesi a tutti i campi di intervento della "giustizia penale" dell'Unione Europea: dalle frodi comunitarie alla pedopornografia, dal riciclaggio al razzismo, dalla tratta di esseri umani agli stupefacenti alla criminalità economica, dai reati di immigrazione al terrorismo internazionale. Fenomeni estremi e fenomeni diffusi sortiscono in medesimo trattamento o la stessa qualificazione, purché interessino politiche comunitarie. Si assiste così a quella che potremmo chiamare una "normalizzazione" del diritto penale di lotta: da diritto dell'emergenza a tratto saliente della legislazione comunitaria in materia di giustizia penale. L'attuale diritto penale di lotta non si presenta affatto come un diritto eccezionale, ma come il diritto penale normale della politica criminale europea: se gli interessi in gioco sono di rilevanza comunitaria, il diritto penale che li tutela è di lotta».

"lotta" non modifica l'essenza delle funzioni esercitate dalla polizia e dal pubblico ministero (pur potendole ovviamente *distorcere* in una direzione contraria al rispetto dei diritti della *persona* sottoposta alla loro autorità), essa trasforma invece radicalmente la funzione del giudice penale (che istituzionalmente è di controllo e di garanzia, mai di lotta) [694].

La trasformazione cui va incontro la funzione del giudicare, in ragione dell'assegnazione di obiettivi di lotta, rappresenta il tratto più rilevante del modello. Il giudice di lotta non pensa ad accertare responsabilità individuali personali rispetto alla commissione di un dato fatto di reato, bensì ad attendere allo *scopo* di lotta, combattendo contro un fenomeno criminale "generale". Asservendo la propria decisione a finalità collettive e impersonali, questi diverrà un giudice che fa "prevenzione generale", da cui la tendenza a trattare i singoli imputati come *mezzi*, e non come *fini* del processo penale e dell'applicazione della pena[695].

Sulla pelle del singolo imputato, il giudice ingaggiato nella lotta tenderà ad attuare l'imperativo, implicito nell'idea di *lotta*, del raggiungimento del massimo grado di *efficacia* (neutralizzatrice) della sanzione; ben poco spazio rimarrà invece per considerazioni attinenti a colpevolezza, proporzione e ai problemi di rieducazione dell'imputato, ossia per le ragioni più "umanistiche" del diritto penale[696]. Divenendo parte del conflitto tra autorità e trasgressore, questo giudice tenderà a perdere i caratteri di *imparzialità* e *terzietà* che dovrebbero essergli propri, così modificando, insieme alla sua funzione, anche la sua *natura*.

> La dottrina che ha elaborato il modello non ha mancato di fornire esempi esplicativi di questa ermeneutica di lotta. Tra questi[697], il più eclatante è senz'altro rappresentato dalle sentenze Corte di Giustizia sul caso "*Taricco*", in materia di frodi *Iva*, ed in particolare dalla prima delle due del 2015[698], con cui i giudici europei, dichiarando l'incompatibilità tra la normativa italiana in materia di interruzione della prescrizione e gli obblighi comunitari di "lottare"

[694] *Ibidem*. Si rammentano qui le parole di D. PULITANÒ, *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, cit., il quale, nel momento in cui riconosce il volto realistico della giustizia penale come istituzione finalizzata alla *prevenzione generale* e al *funzionamento complessivo* di *law enforcement*, ricerca le radici di quell'«*autoritarismo benitenzionato*» che spesso guida l'opera della magistratura giudicante, ricorda che «il giudizio sul caso singolo, affidato al giudice imparziale nelle forme del giusto processo, è l'ultimo anello di una catena istituzionale, di un'istituzione *giustizia* che deve essere rigorosamente neutrale in ciascun singolo processo (è giustizia, allo stesso titolo, la condanna del colpevole e l'assoluzione dell'innocente) ma nell'insieme dovrebbe risultare funzionale al *law enforcement*, alla tutela degli interessi penalmente protetti con l'applicazione della legge penale agli autori del reato»; e prosegue constatando che «ha dunque radice nel *lae enforcement* penalistico il rischio che l'ideologia reale e le prassi della magistratura penale sono sbilanciate verso il polo del contrasto alla criminalià, o, più in generale, verso un *autoritarismo benintenzionato*, in vista di interessi di tutela ritenuti importanti».

[695] *Ivi,* 76: «La stessa ermeneutica giuridica rappresenta in generale un possibile strumento di lotta. È tutta la storia dell'interpretazione estensiva e di quella analogica *in malam partem* a insegnarcelo. Si fa analogia per combattere un fenomeno, e in modo più elegante si dice "colmare una lacuna", o meglio di "non creare una lacuna", di "prestare una tutela efficace, effettiva, coerente" a certi interessi, o di "ubbidire al dovere di fedeltà comunitaria" ecc.».

[696] *Ivi*, 75.

[697] *Ivi*, 76-77.

[698] V. *supra*, testo e note Capitolo III, sez. III, par. 1.1.

contro le frodi che ledono gli interessi dell'Unione, chiedevano al giudice nazionale di disapplicare la normativa interna nei casi in cui detta normativa impedisse «di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione europea». Come è stato ben illustrato, la ricorrenza lessicale del termine "lotta" è soltanto l'indice più visibile di una sentenza permeata, in ogni passaggio argomentativo, dall'obiettivo di combattere contro un fenomeno generale[699]. Altrimenti non può essere definita una sentenza che: chiede al giudice nazionale di guardare «alla decisività *non dell'offesa tipica, ma del danno in concreto* agli interessi finanziari dell'UE, per ricostruire il termine prescrizionale del reato stesso»; esige in capo allo stesso giudice, che si vorrebbe "terzo", di ricostruire il regime prescrizionale di una fattispecie incriminatrice sulla base della tutela di un interesse eventuale (la lesione degli interessi alla riscossione dell'IVA comunitaria dipende dalla fattispecie concreta giudicata), e non tipico della norma, imponendo «una torsione ermeneutica degli istituti per raggiungere il *risultato estrinseco, eccentrico alla tipicità del fatto di reato*»; chiede in particolare allo stesso giudice di operare dapprima una *disapplicazione manipolativa* (e non tecnica-automatica) e poi una successiva *applicazione analogica di una norma eccezionale* (la diversa disciplina prescrizionale prevista per l'*associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri*)*, senza eadem ratio,* a una lacuna "prodotta" arbitrariamente dall'interprete stesso [700] ; in definitiva, strumentalizza il singolo imputato per il raggiungimento di finalità generali[701].

[699] Cfr. M. DONINI, *Le sentenze Taricco come giurisdizione di lotta*, cit., 7 ss.
[700] *Ibidem.*
[701] Cfr. C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco, con una postilla sulla ordinanza 24 del 2017 della Corte costituzionale "tra Antigone e Creonte io sto con Porzia"*, in M. D'Amico–I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*. Atti del convegno tenutosi all''niversità degli Studi di Milano il 15 aprile 2016, Giuffrè, Milano, 2016, 185 ss.; A. VALLINI, *La portata della sentenza CGUE "Taricco": un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Criminalia*, 2015, 295 ss.

SEZIONE II – ESPERIENZE "DI CRISI" E MODELLI "DI CRISI"

1. Diritto penale e misure *congiunturali* di crisi: l'esempio islandese

Nel 2008 l'Islanda è stata colpita da una grave crisi finanziaria interna le cui cause sono state riconosciute simili[702] a quelle della crisi originata dallo scandalo dei *mutui subprime*, che negli stessi anni imperversava a livello mondiale.

La strategia di uscita dalla *crisi* messa in atto in questo Paese si è basata su alcuni processi di *responsabilizzazione* di tipo *sociale*, *politico* e, infine, anche *giuridico*, segnatamente *giuridico-penale*[703].

Allo scoppiare di un pacifico ma risoluto movimento di protesta contro il governo e contro gli istituti bancari, considerati responsabili della crisi, il governo si decise, nel gennaio 2009, a rassegnare le dimissioni e ad indire nuove elezioni[704]. Nel frattempo, la reazione parlamentare fu estremamente incisiva. Nel dicembre 2008, con la l. n. 135/2008, fu istituito un Ufficio speciale della procura, a carattere temporaneo (l'organo ha dismesso le sue funzioni nel 2015), preposto alle indagini «*su sospette condotte criminali commesse prima, contestualmente o a seguito della cosiddetta "crisi bancaria" islandese del mese di settembre/ottobre 2008*»[705]. Nel 2012 l'Ufficio raggiunse un organico di circa 80 impiegati, distribuiti su 200 procedimenti aperti nei confronti di soggetti (persone fisiche e giuridiche) implicati nelle vicende finanziarie che avevano condotto alla crisi. All'esito di questi procedimenti, numerosi *manager*

[702] La deregolamentazione del settore bancario, avvenuta a partire dagli anni '2000, aveva permesso alle banche di caricarsi di debiti nei confronti di aziende straniere (si stima che il debito estero delle banche ammontasse a 50 miliardi di euro, pari a circa 160.000 per ciascun islandese). Per rifinanziarie questo debito, non potendo confidare sul piccolo mercato interno, le banche islandesi iniziarono a emettere prestiti sul mercato interbancario; inoltre, attratti dall'elevatissimo tasso d'interesse (portato dal governo fino al 15,5 % al fine di contrastare gli altissimi livelli di inflazione), i risparmiatori stranieri iniziarono a ad aprire conti correnti in corone. La situazione si era a questo punto trasformata in una vera e propria bolla speculativa. Quando gli investitori iniziarono ad esigere il proprio credito, in assenza di banche disposte a concedere nuovi prestiti, le tre principali banche – i cui debiti non riuscivano ad essere coperti né dalla banca centrale islandese né dal bilancio statale – dichiararono la bancarotta. Per una più approfondita ricostruzione delle cause della crisi islandese cfr. M. J. FLANNERY, *Iceland's Failed Banks: A Post-Mortem,* reperibile qui: https://www.rna.is/.

[703] Offre un quadro della crisi islandese e della reazione – sociale, politica, giuridica – alla crisi, H. GUNNLAUSSON, *Economic crisis, explainations, and impact on crime. The case of Iceland,* in *Criminology in Europe*, 3, 2012, 4 ss.

[704] *Ivi,* 4.

[705] Così abbiamo tradotto dal sito del *District Prosecutor* (http://www.hersak.is/english) .

delle principali banche islandesi hanno riportato una serie di condanne per reati di truffa, abuso di mercato, abuso di informazioni privilegiate, *breach of trust*[706].

Sempre sul finire del 2008, il Parlamento nominò (l. n. 142/2008, c.d. "*SIC Act*") una *Special Investigation Commission* (SIC), composta dal Presidente della Corte Suprema, dal Presidente del Parlamento e da una Professoressa di economia dell'Università di Yale, incaricata di ricercare le cause della crisi e di portarne a sintesi le "lezioni"[707].

1.1. I lavori della Special Investigation Commission (SIC) *e la procedura di* impeachment *del primo ministro islandese*

La SIC era stata dotata dal Parlamento di ampie facoltà di indagine, del tutto equiparabili a quelle dell'autorità giudiziaria, godendo inoltre di ampi poteri di *subpoena*: l'ostacolamento dei lavori della Commissione era infatti punita con una pena detentiva fino a due anni[708].

Inoltre, benché la sua funzione fosse diversa da quella dell'Ufficio speciale della Procura, e per certi versi complementare, essa era comunque soggetta ad un dovere informativo nei confronti dell'autorità inquirente di fronte al "sospetto" di avere a che fare con condotte penalmente rilevanti, in particolare messe in atto da soggetti che rivestivano cariche pubbliche[709].

Al termine di un'indagine approfondita condotta mediante oltre 147 audizioni formali e 183 interviste, i lavori della Commissione hanno prodotto la pubblicazione, nel 2010, di un *Report* di oltre 2000 pagine[710], nel cui capitolo finale – il *Chapter 21*, significativamente intitolato «*Causes the collapse of the icelandic banks – Responsibility, mistakes and negligence*» – venivano ricostruite, insieme all'eziologia della crisi, anche le responsabilità dei membri del governo islandese e dei più alti

---

[706] Basandoci sui dati diffusi dalla stampa, ad oggi si contano 31 condanne, per un totale di 99 anni di pena detentiva, ma 6 processi sono ancora in corso (v. *Iceland seeks financial crash closure with last prosecution*, EP News 15 October 2018).

[707] Cfr. *Report of the Special Investigation Commission (SIC). Summaries in English* (al seguent *link:* http://sic.althingi.is/), *Chapter 21, Causes of the Collapse of the Icelandic Banks – Responsibility, Mistakes and Negligence*, 1: «*The aim of this report is to portray as comprehensively as possible the events that lead to the collapse of the banks and seek to answer what caused their failure*».

[708] Cfr. I. KOVRAS–S. MCDAID–R. HJALMARSSON, *Truth Commissions after Economic Crises: Political Learning or Blame Game?*, in 66 (1) *Political Studies* 2018, 173 ss.

[709] Cfr. *Report of the Special Investigation Commission (SIC),* cit., *Chapter 21 – Causes of the collapse of the icelandic banks – responsibility, mistakes and negligence*, 117, dove si chiarisce che: «*it is not the intention of the SIC to address possible criminal offences of bank directors as regards their operations. Here the SIC examination is mainly aimed at the activities of public bodies and those who may be responsible for mistakes or negligence within the meaning of the Act. As regards the activities of the financial institutions, however, an examination must take place on whether any weaknesses in their operations and policy making played a part in their failure*».

[710] Rannsóknarnefnd Alþingis (2010) [*The Special Investigation Commission of the Icelandic parliament*], "Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna og tengdir atburðir" [*The causes and effects of the fall of the Icelandic banks and related events*], Reykjavik, Icelandic Parliament, 2010; v. anche, *Report of the Special Investigation Commission (SIC),* cit. (solo alcune sezioni del *Report* sono tradotte in inglese).

funzionari amministrativi. In risposta all'attività della *Commissione*, seguì una serie di iniziative governative e parlamentari dirette a tradurre le "lezioni dalla crisi" in proposte di legge[711].

Insieme a questo fondamentale contributo di emersione delle dinamiche del passato e di elaborazione di una serie di proposte per il futuro, la SIC non mancò di coadiuvare l'autorità giudiziaria, come accennato, nella sua ricerca delle responsabilità *personali* legate alla crisi.

In particolare, dalla SIC prese avvio la procedura diretta ad accertare le responsabilità *penali* del Primo Ministro Geir Hilmar Haarde e tre ministri del suo gabinetto, accusati di gravi omissioni nella gestione della crisi bancaria («*negligence by omitting to respond in an appropriate fashion to the impending danger for the Icelandic economy that was caused by the deteriorating situation of the banks*»).

Trattandosi di reati ministeriali, il Parlamento, apportando un emendamento al *SIC Act*, procedette ad eleggere un Comitato *ad hoc*, rappresentativo di tutte le forze politiche, il quale avrebbe dovuto valutare la sussistenza dei presupposti per instaurare un procedimento di *impeachment* dinanzi alla *Landsdómur:* una corte *speciale* per i reati ministeriali che, dal 1905, anno della sua creazione, non era *mai* stata convocata.

Per formulare il proprio atto d'accusa, il Comitato si basò sul *Report* prodotto dalla SIC, raccogliendo inoltre numerose consulenze di professori universitari nonché quella del Procuratore di Stato aggiunto, chiamato a esprimere un parere *tecnico* sull'instaurazione del procedimento in corso (in particolare, in riferimento alle norme penali applicabili ed al materiale probatorio utile al sostenimento di un'accusa in giudizio). Attenendosi a tale parere tecnico, nel settembre 2010 la Commissione presentò una proposta di risoluzione finalizzata all'avviamento di un procedimento di *impeachment* per ciascuno dei membri del governo considerati implicati nella crisi; il Parlamento ritenne però di aprire la procedura solo a carico del Primo Ministro.

Conosciamo nei dettagli il procedimento che ha interessato il primo ministro islandese, a seguito del ricorso da questi presentato alla CEDU (*application* no. 66847/12), che ha dato luogo alla pronuncia *Haarde v. Iceland*, del 27 novembre 2017[712].

> L'imputazione formale presentata a carico di *Geir Hilmar Hardee* dal *Comitato* il 10 maggio del 2011, sulla base della risoluzione parlamentare del precedente 28 settembre 2011, si componeva di due capi d'accusa.
>
> Nel capo primo *Hardee* veniva accusato per una serie di condotte di *gross negligence*, in particolare: (1.1) per aver mostrato una grave negligenza in veste di Primo Ministro di fronte al pericolo finanziario che incombeva sulle istituzioni finanziarie islandesi e sul Tesoro di Stato, un pericolo di cui era o avrebbe dovuto essere a conoscenza e al quale avrebbe potuto rispondere adottando misure, leggi, istruzioni governative generali o decisioni governative sulla base della normativa vigente, al fine di evitare il prevedibile pericolo per le fortune

[711] Cfr. KOVRAS–S. MCDAID–R. HJALMARSSON, *Truth Commissions after Economic Crises*, cit., 183 ss.
[712] Cfr. Corte EDU, *Haarde v. Iceland*, 27 novembre 2017. Si vedano inoltre le notizie di stampa: *Trial of Iceland ex-PM Haarde over 2008 crisis begins,* BBC News, 5 March 2012; *Iceland ex-PM Haarde "partly" guilty over 2008 crisis*, BBC News, 23 April 2012.

dello Stato[713]; (1.2) per non aver preso l'iniziativa, adottando misure in via diretto o per mezzo di altri ministri, perché fosse condotta un'analisi completa e professionale, all'interno del sistema amministrativo, del rischio finanziario affrontato dallo Stato in caso di crisi finanziaria[714]; (1.3) per aver trascurato di garantire che il lavoro del gruppo consultivo del governo per la stabilità finanziaria, istituito nel 2006, producesse i risultati desiderati[715]; (1.4) per aver trascurato di prendere l'iniziativa su misure attive per conto dello Stato volte a ridurre le dimensioni del sistema bancario islandese, ad esempio facendo sì che le banche riducessero i loro bilanci o che alcune di loro spostassero la sede fuori dall'Islanda[716]; (1.5) per non aver assicurato che fossero prese misure volte a trasferire i conti di *Landsbanki Íslands hf.'s Icesave* in Gran Bretagna a una controllata[717]. Tutti questi comportamenti sarebbero stati da ricondursi alla *Section 10(b)* e 11, della legge n. 4/1963 sulla responsabilità ministeriale o, in alternativa, alla *Section 141* del *General Penal Code islandese* (Act no. 19/1940)[718].

Nel capo secondo, invece, era contenuta l'accusa, più lieve, di aver contravvenuto, durante il periodo che va dal febbraio 2008 all'ottobre 2008, all'obbligo posto dall'art. 17 della Costituzione islandese di indire riunioni ministeriali su importanti questioni governative (*important State matters*)[719]; omissione punita ai sensi della *Section* 8 (c) e 11 del *Ministerial*

---

[713] *Ivi,* I, par. 23, 5: «*For having shown serious neglect of his duties as Prime Minister in the face of major danger looming over Icelandic financial institutions and the State Treasury, a danger of which he was or ought to have been aware and would have been able to respond to by initiating measures, legislation, general governmental instructions or governmental decisions on the basis of current law, for the purpose of avoiding foreseeable danger to the fortunes of the State*».

[714] «*For having failed to take initiative, either by taking measures of his own or by proposing measures to other ministers, to the effect that there would be a comprehensive and professional analysis within the administrative system of the financial risk faced by the State because of the risk of financial crisis*» (*Ibidem*).

[715] *Ibidem:* «*For having neglected to ensure that the work and emphasis of a consultative group of the Government of financial stability and preparedness, which was established in 2006, were purposeful and produced the desired results*» (*Ibidem*).

[716] «*For having neglected to take initiative on active measures on behalf of the State to reduce the size of the Icelandic banking system by, for example, advocating that the banks reduce their balance sheets or that some of them move their headquarters out of Iceland*» (*Ibidem*).

[717] «*For not having followed up and assured himself that active measures were being taken in order to transfer Landsbanki Íslands hf's Icesave accounts in Britain to a subsidiary, and then to look for ways to enable this to happen with the active involvement of the State*» (*Ibidem*).

[718] La *Section 10 (b)* del *Ministerial Accountability Act* prevede la responsabilità del ministro qualora «*he carries out something or causes something to be carried out that foreseeably jeopardises the State's fortunes although its execution is not specifically forbidden by law, as well as if he fails to carry out something that could avert such danger or causes such execution to fai*l». La norma sanzionatrice è contenuta alla *Section* 11, dove si dice che «*Offences against this Act, depending on the circumstances, are subject to loss of office, fines [...] or up to 2 years' imprisonment*». Ai sensi dell'art. 141 del *General Penal Code* islandese «*A civil servant who becomes guilty of major or reiterated negligence or carelessness in his/her work shall be subject to fines or [imprisonment for up to 1 year.]*»

[719] «*For having, during the above-mentioned period [February 2008 – October 2008] failed to implement what is directed in Article 17 of the Constitution of the Republic on the duty to hold ministerial meetings on important government matters. During this period there was little discussion at ministerial meetings of the imminent danger; there was no formal discussion of it at ministerial meetings, and nothing was recorded about these matters at the meetings. There was nevertheless specific reason to do so, especially after the meeting on 7 February 2008 between him, Ingibjörg Sólrún Gísladóttur, Árni M. Mathiesen and the Chairman of the Board of Governors of the Central Bank of Iceland; after his and Ingibjörg Sólrún Gísladóttir's meeting on 1 April 2008 with the Board of Governors of the Central Bank of Iceland; and following a declaration to the Swedish, Danish and Norwegian Central Banks, which was signed on 15 May 2008. The Prime Minister did not initiate a formal ministerial meeting on the situation nor did he*

Accountability Act[720] e, ancora una volta, della *Section 141* del *General Penal Code*.

Pronunciandosi su alcune questioni pregiudiziali, la Corte decise di lasciar cadere le accuse per il capo 1, punti 1.1 e 1.2 – nelle quali di fatto si imputa al Ministero una generica responsabilità per mancato impedimento del disastro che aveva colpito l'economia islandese – perché ritenute incompatibili con il livello di determinatezza richiesto dal *Criminal Procedure Act* islandese.

Il processo si concluse con una pronuncia di assoluzione per il primo capo, ritenendosi che non fosse stata raggiunta la prova dell'efficacia impeditiva, rispetto al verificarsi della crisi, del comportamento alternativo dovuto, e che certe contestazioni di *negligence* riguardassero comportamenti estranei ai suoi doveri d'ufficio: in sostanza, se in certi casi era stata esclusa del tutto una posizione di garanzia, negli altri continuava a difettare la prova della misura oggettiva della colpa.

Il primo Ministro fu ritenuto responsabile soltanto per il capo secondo, ossia per aver contravvenuto all'obbligo di cui all'articolo 17 della Costituzione islandese. Si trattò però di una condanna senza *punizione*, nel senso che il dispositivo della sentenza non prevedeva l'applicazione di alcuna pena; lo Stato islandese fu condannato al pagamento delle spese legali.

Come anticipato, nonostante la procedura di *impeachment* si fosse poi conclusa con una condanna senza inflizione di alcuna pena, l'*ex* Primo Ministro presentò ricorso alla Corte EDU per violazione degli articoli 6 e 7 della Convenzione[721]. Ebbene, leggendo la parte della sentenza della Corte EDU in merito alla violazione del diritto a un giusto processo, si comprende che, di fatto, il procedimento penale instaurato a carico del ricorrente – procedimento caratterizzato da una duplice fase istruttoria, prima a cura del *Comitato* e poi, una volta instaurata la procedura di *impeachment*, del pubblico ministero – si era essenzialmente basato sul *Report* della SIC[722].

In particolare il *Comitato,* il quale non aveva diritto ad accedere alla documentazione e al materiale originale raccolto dalla SIC, aveva tratto le proprie conclusioni dalla sola lettura del *Report*; documento, questo, che con tutta evidenza, non era affatto adatto a rimpiazzare l'acquisizione di materiale probatorio secondo le ordinarie regole di procedura.

Anche la successiva indagine condotta dal pubblico ministero si era basata quasi interamente[723] sul lavoro della Commissione, in tal caso però attingendo non dal *Report* bensì direttamente dal *database* della SIC. Il ricorrente asseriva peraltro di non essere

---

provide the Government with a separate report on the problem of the banks or its possible effect on the Icelandic State» (*Ivi*, 6).

[720] In base alla *Section* art. 8 (c) del *Ministerial Accountability Act*, è responsabile il ministro che «*by other means personally implements, orders the implementation of or allows the implementation of any such measure that contravenes the Constitution of the Republic, or omits implementing any such measure as ordered therein or causes an implementation to not take place*».

[721] La Corte ritenne che il ricorso fosse fondato *ratione personae* solo in riferimento al capo secondo, accusa per la quale era stata raggiunta una sentenza di condanna, ancorché in assenza dell'applicazione di una pena. Corte EDU, *Haarde v. Iceland*, cit., *The Law*, Part I (*Preliminary objection*), *sub* B) parr. 55-58.

[722] *Ivi*, *The Law*, Part II (*Alleged violation of article 6 of the Convention*), *sub* A1), parr. 59-68.

[723] Dalla lettura della pronuncia si comprende che il *prosecutor* aveva inoltre raccolto degli «*statements given before that body and correspondence from the applicant's former work email*»; non anche però una deposizione dell'imputato, né testimonianze (*witnesses*) formali.

mai stato intervistato durante la fase investigativa (l'unica intervista resa era quella alla SIC); inoltre, il *Landsdómur* aveva inizialmente rifiutato la nomina di un difensore, ritenendo che il ricorrente – anche in ragione della natura essenzialmente *politica* delle accuse che gli venivano mosse, pur astrattamente perseguibili in sede penale – non rivestisse formalmente lo *status* di «imputato». Un'altra lamentela riguardava l'eccessiva vaghezza delle accuse presentate a suo carico, avendo la Corte – a dire del ricorrente – confuso il profilo giuridico-penale (la mancata convocazione del Consiglio dei Ministri) con quello politico (il fatto di non aver fatto abbastanza per ridurre il danno provocato dal fallimento degli istituti bancari), così impedendo all'imputato di preparare una valida difesa in giudizio.

> Concludendo sulla vicenda, la Corte EDU ha ritenuto di non ravvisare alcuna violazione delle garanzie processuali spettanti all'imputato ai sensi dell'art. 6. Dopo aver correttamente esteso il giudizio a tutti i momenti del procedimento che avevano interessato il Primo Ministro, dunque anche a quelli antecedenti il giudizio davanti al *Landsdómur*, in quanto comunque attinenti a fatti penalmente rilevanti, sembra avere dapprima mitigato le garanzie previste dall'art. 6 in considerazione della *intrinseca* politicità e non giurisdizionalità di queste precedenti fasi, e poi dimenticato di alzare nuovamente lo *standard* di giudizio per quella fase (l'ultima, davanti al *Landsdómur*) in cui l'imputato era minacciato dall'applicazione di una sentenza di condanna[724].
>
> In merito alla violazione dell'art. 7, il ricorrente in sostanza lamentava l'eccessiva vaghezza delle accuse a suo carico e l'assenza di *prevedibilità* della decisione giudiziale. Infatti, a detta del ricorrente, l'art. 17 della Costituzione non avrebbe imposto alcun preciso obbligo in capo al Primo Ministro, ritenendo che rientrasse nella sua discrezionalità politica di stabilire quando una questione dovesse essere iscritta alle «*important government matters*» da discutersi in sede di consiglio dei ministri. La Corte EDU, con il dissenso di uno dei giudici[725], ritenne tuttavia che, in base all'interpretazione che storicamente era data di tale disposizione «*the applicant could reasonaby foresee that is conduct would render him criminally liable under the provisions of the Constitution and the Ministerial Accountability*».

1.1.1. La SIC come commissione di verità sui generis*?*

La SIC si presenta come una *creatura giuridica* assai peculiare, forse unica nel suo genere, potendosi in essa scorgere, ad un tempo, i tratti di un organo investigativo, di

---

[724] *Ivi*, *The Law, Part II (Alleged violation of article 6 of the Convention),* parr. 59 ss.

[725] *Ivi*, *Separate Opinion*, 45. V. in part. par. 9: «*In conclusion, I would like to stress that the applicant had a clear moral obligation to prevent or at least minimise the impact of the banking crisis on national economy. The lack of sufficient reaction from the authorities was rightly seen by the Icelandic public as a serious dysfunction of the State. At the same time, Article 17 of the Constitution does not establish any obligation on the Prime Minister to call a ministerial meeting in order to discuss an important State matter whenever such an important State matter arises. The applicant - even in the context of the required special knowledge of the Constitution and privileged access to legal advice - could not foresee that he could face criminal liability for the failure to call a ministerial meeting in order to discuss an important State matter. I note that the whole issue has been extensively discussed in the above- mentioned separate opinion of the five Court of Impeachment judges. Their point of view is argued in such a persuasive way that it is difficult to disagree with them. The approach adopted by my colleagues in the case before this Court dangerously dilutes the force of fundamental rule-of-law guarantees enshrined in Article 7 of the Convention*».

una commissione d'inchiesta parlamentare e, anche, di una commissione di verità del tipo di quelle che fioriscono nella *transitional justice*.

Infatti, se il carattere di organo d'investigazione ("*special investigation commission*"), dichiarato nella sua denominazione, è confermato dall'effettività della sua missione e dei suoi poteri, questa qualifica non esaurisce la sua natura, che ci appare più complessa.

Con le commissioni parlamentari d'inchiesta, fiorite in risposta alle recenti crisi economiche, essa condivide alcuni obiettivi (ricostruire le cause di tali crisi e fornire al parlamento raccomandazioni per l'attuazione di eventuali riforme), all'interno tuttavia di una missione più ambiziosa, ossia ricostruire tutte le "falle" del sistema economico islandese e portare alla luce la "verità" sulla crisi («[*s*]*eek the truth behind the events leading to, and the causes of, the downfall of the Icelandic banks in October 2008, and related events*»); dunque non solo le sue *cause* in termini impersonali, ma anche le responsabilità individuali (anche se non *personali* nel senso penalistico del termine) e collettive.

Inoltre, essa tende a distinguersi dalle commissioni parlamentari d'inchiesta per la sua composizione non politica (essa è improntata più ad una rappresentanza *dei saperi* che dei *poteri*) e per l'intensità dei poteri di cui è stata investita (segnatamente, quello di *subpoena*). Per questi aspetti, essa marca nette differenze, ad esempio, rispetto alla *Financial Crisis Inquiry Commission* (FCIC), nominata nel 2009 dal Congresso degli Stati Uniti per indagare sulle cause della crisi. A differenza della SIC, infatti, la FCIC era una commissione *politica* e come tale influenzata dagli orientamenti dei suoi membri, spesso in disaccordo persino su quali fossero i suoi obiettivi[726]. Inoltre, contrariamente alla SIC (e a differenza della "*Pecora Commission*" – dal nome del *lead investigator* Ferdinand Pecora – istituita nel 1932 dal Senato americano al fine di indagare sulle cause della crisi del 1929[727]), la FCIC era stata dotata di deboli poteri di *subpoena*.

Per *missione*, *composizione* (improntata ad una rappresentanza *dei saperi* più che *dei poteri*), nonché per la connessione *temporale* e *teleologica* con il contesto di *crisi* (essa non segue la *crisi*, ma accompagna il processo di uscita dalla *crisi*)[728] la SIC indubbiamente richiama le *commissioni di verità e riconciliazione* protagoniste dei processi di *transizione*, pur discostandosene per alcuni tratti fondamentali.

In particolare, a differenza di quanto accade per le TRC, è qui assente un meccanismo di *scambio* tra *verità* e *pena*; meccanismo che da un lato *incentivi*,

[726] Si veda l'interessante analisi di M. A. PERINO, *The Financial Crisis Inquiry Commission and the Politics of Governmental Investigations*, in *Faculty Publications*, 2012, 1077.
[727] *Ivi*, 1063 ss.
[728] Commissioni non indipendenti e tardive rischiano di essere piegate a scopi strumentali di lotta politica (*instrumental learning*) più che di apprendimento istituzionale (*institutional learning*). Si veda sul punto l'analisi svolta da I. KOVRAS–S. MCDAID–R. HJALMARSSON, *Truth Commissions after Economic Crises*, cit., 173 ss., dove la SIC Islandese, descritta come TC autenticamente finalizzata a scopi di *institutional learning*, viene messa a confronto con le Commissioni "di verità" istituite a scopi essenzialmente politici in Irlanda (Ireland's Parliamentary Banking Inquiry–BI) e in Grecia (*Greek Committee on Public Debt*), rispettivamente nel 2014 e nel 2015.

mediante la promessa di rinuncia alla pena, la partecipazione ai processi di costruzione di verità e che, dall'altro, funzioni da *garanzia di impunità* per i partecipanti ai lavori della *Commissione.* Manca infatti del tutto, all'ingresso del binario della *verità*, un *mediatore materiale* preposto a formalizzare lo scambio verità contro pena e, quindi, a garantire che, una volta intrapresa la via della *collaborazione*, il convoglio della giustizia penale non inizi poi a correre sul binario della *retribuzione*.

Nella prospettiva della SIC non troviamo mai la possibilità di una *rinuncia* alla pena (in cambio di verità), ma solo una *minaccia* di *pena* molto attuale, considerata la creazione di un organo speciale *ratione temporis* e *materiae* dedicato alla persecuzione dei delitti legati alla crisi, e peraltro duplice: utilizzare il potere di *subpoena* in caso di mancata collaborazione ed esercitare il potere punitivo in caso di emersione di una "verità" penalmente rilevante.

Inoltre, non incontriamo il tema della *riconciliazione* e del *dialogo* tra autori e vittime; il che ci appare del tutto naturale, considerato il *tipo* di comportamenti oggetto di scrutinio, tipicamente a "vittima" indeterminata *e* diffusa (il *pubblico* degli investitori e dei risparmiatori per i reati commessi nell'ambito delle banche, l'intera società per i reati commessi dai rappresentanti del governo), e in quanto tali difficilmente riducibili entro un modello di soluzione di tipo *riconciliativo* (che non si esaurisce nella sola riparazione del *danno patrimoniale* o *morale* che sia, ma nella creazione di meccanismi di *comprensione* diretti a dare voce alle "vittime"); peraltro, anche volendo considerare astrattamente configurabile una *riconciliazione* tra un autore *determinato* e una vittima *indeterminata*, è ovvio che essa non potrà mai svolgersi in presenza di una minaccia di pena. Senza contare, poi, l'impossibilità di rintracciare, in molti casi, una chiara linea di separazione tra "autori" e "vittime" delle condotte economiche *deviate* all'origine della crisi, rimanendo sempre una terra di mezzo in cui la condotta fraudolenta dell'autore incontra l'azzardo speculativo dell'investitore.

1.2. *Lettura dell'esperienza islandese alla luce dei "modelli di crisi"*

I meccanismi di *superamento* della *crisi* predisposti dall'ordinamento islandese appaiono, ai nostri occhi, decisamente interessanti. L'insieme dei processi di *responsabilizzazione* innescati dalla crisi economica offre la vista di un Paese alle prese con il *superamento* di un passato di violazioni, su larga scala, di tipo finanziario-economico. La *complessità* dei fenomeni da portare alla luce, la *diffusività* delle condotte da scrutinare, l'innesco di un *processo* di riforma ad un tempo *politica*, *sociale* e *giuridica* offrono davvero il senso di una *transizione in atto*.

Non vi è dubbio che anche la giustizia penale sia stata *funzionalizzata* alla realizzazione di questo processo di palingenesi istituzionale.

Se volessimo provare ad applicare il modello della giustizia penale di transizione più sopra enucleato, si dovrebbe però riconoscere che le forme assunte dalla giustizia penale nel contesto della transizione islandese lo richiamano ben poco e, al massimo, nella sua variante *punitiva.*

Abbiamo infatti visto come la SIC si differenzia per dei tratti essenziali dalle *truth and reconciliation commisions* (TRCs) che troviamo al centro della variante *riconciliativa* della *transitional justice*; in particolare, mancando un mediatore materiale che separi *verità* e *pena*, il senso della *riconciliazione* tra coloro che sono considerati i responsabili della crisi e la società, che dalla crisi è colpita, non emerge.

Emerge, invece, una forte spinta alla *criminalizzazione* dei responsabili, *attivi* ed *omittenti* della crisi, mediante organi *speciali* a ciò specificamente dedicati; criminalizzazione che, invece di portare riconciliazione, tende a creare una separazione *artificiale* tra "vittime" e "responsabili" della crisi.

Svincolandosi dal modello della *transitional justice*, non possiamo peraltro non notare come l'esperienza islandese richiami, per certi suoi tratti, anche il modello d'*eccezione*. Assistiamo, infatti, da un lato alla creazione con legge di un organo d'accusa, dotato di poteri speciali per l'assolvimento di una *missione congiunturale*, la cui esistenza era strettamente connessa (anche *temporalmente*) al contesto di crisi economico-finanziaria; dall'altro all'attivazione di un organo *permanente* (ma attivato *per la prima volta* in occasione della *crisi*), la cui attività è stata però fortemente influenzata dalla situazione congiunturale, nel senso di una deroga alle normali regole che presiedono al processo penale: abbiamo visto infatti come il processo penale instaurato in capo al Primo Ministro Hardee davanti al *Landsdómur*, sostanzialmente istruito dalla SIC e non dagli organi preposti all'accusa, si sia svolto nel segno dell'*informalità* e nel più completo disprezzo delle garanzie dell'imputato. Anche l'interpretazione dell'art. 17 della Costituzione islandese offerta dal *Landsdómur* appare fortemente influenzata dalla *congiuntura* di *crisi*, la quale, nel materializzarsi (anche contro la previsione del governo) plasma, in una visione "da fatto avverato", il significato del concetto di "*important State matter*", sottraendolo – eccezionalmente – all'ambito di *discrezionalità* (e insindacabilità) *politica* cui *normalmente* appartiene.

È tuttavia evidente che, se da un lato assistiamo ad una *torsione* dell'intervento punitivo in quel senso *congiunturale* e *fenomenologico* che è proprio dei *modelli*, nessuno di questi davvero è in grado di inquadrare in maniera completa e definitiva l'esperienza islandese, la quale si segnala per un utilizzo del tutto *peculiare* dello strumento *punitivo* in risposta alla crisi nel panorama internazionale.

2. Un altro esempio di diritto penale *congiunturale* di crisi: la modifica del criterio di calcolo del tasso-soglia nel reato di usura (presunta) ad opera del c.d. "decreto sviluppo" (d.l. n. 70/2011)

Venendo a un'esperienza che ci interessa più da vicino, e che ben riflette l'andamento *congiunturale* del diritto penale al tempo della crisi economica, guardiamo adesso alla modifica, ad opera del c.d. "*Decreto sviluppo*" (d.l. n. 70/2011), della normativa italiana in materia di usura (bancaria), con particolare riferimento al criterio di calcolo del *tasso usurario* richiamato dal comma terzo dell'art. 644 c.p.. Questo intervento legislativo, affondando la propria *ratio* nella necessità di tornare a incentivare la concessione di credito da parte delle banche, ed essendo dunque profondamente segnato dalle difficoltà attraversate dal sistema bancario italiano a partire dal 2011, ha creato profonde incertezze rispetto alla possibilità di una sua applicazione retroattiva favorevole.

Prima di procedere nell'analisi di questa esperienza, è d'obbligo richiamare il quadro normativo entro cui ci muoviamo. A venire in rilievo è l'ipotesi criminosa della c.d. usura presunta (o oggettiva), individuata dal combinato disposto dei commi primo e terzo, primo periodo, dell'art. 644 c.p., come modificata dalla l. n. 108/1996.

Abbandonato il riferimento ai dati soggettivi, ossia lo stato di bisogno della vittima e di approfittamento dello stesso, la fattispecie oggi punisce la pattuizione o la dazione di interessi che si presumono "usurari" in quanto superiori ad un tasso soglia stabilito in via legale; è dunque l'oggettivo superamento di una certa soglia che determina la rilevanza penale del fatto. Per questa sua connotazione obiettivizzante[729], fondata sul mero superamento di una soglia, l'usura presunta – di cui agente tipico sono le banche, piuttosto che le organizzazioni criminali – si configura come delitto di mero sospetto, scarsamente connotato dal punto di vista offensivo e, nella sua essenza normativa, collegato ad una generale funzione di *calmieramento* del prezzo degli interessi monetari sul credito legale[730], con l'effetto di limitare il ricorso a canali di credito illegale[731].

Il legislatore penale non fornisce direttamente una definizione di interesse usurario, limitandosi a stabilire che la soglia oltre la quale gli interessi sono sempre considerati usurari è prevista dalla legge e rinviando, in chiave di integrazione, alla normativa *extra*-penale; si precisa soltanto, al comma quarto dell'art. 644 c.p., che la soglia deve essere computata tenendo conto «delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito»[732].

---

[729] In questo senso, in commento alla riforma del delitto di usura del 1996, F. MUCCIARELLI, *Commento all'art. 1 l. 108/96*, in *Leg. Pen.*, 1997, 512; P. PISA, *Mutata la strategia di contrasto al fenomeno dell'usura,* in *Dir. pen. proc.*, 4, 1996, 416; D. MANZIONE, *Usura e mediazione creditizia*, Giuffré, Milano,1998, 36 ss.

[730] Cfr. T. PADOVANI, *Prefazione* a D. MANZIONE, *op. cit.*, XI-XII.

[731] D. MANZIONE, *op. cit.*, 26.

[732] Rileviamo che l'art. 2-*bis* del d.l. n. 29 novembre 2008, n. 185, c.d. "anti-crisi" (convertito con modificazioni nella l. 28 gennaio 2009, n. 2) ha da un lato (co. 1) sancito l'abolizione della commissione

Per l'impiego di questa tecnica di rinvio, che impone all'interprete di ricavare il precetto penale da fonte diversa dalla legge penale, l'art. 644 c.p. è dai più ricondotto alla categoria delle *norme penali in bianco*[733]. Invero, il rinvio a fonte extrapenale è duplice: l'art. 644 c.p. richiama la normativa di rango *primario* contenuta nella l. n. 108/1996, la quale fissa il criterio matematico per l'individuazione della soglia-limite del tasso d'interesse usurario; ma questa normativa, al fine di determinare il tasso effettivo globale medio (TEGM) relativo alla categoria di operazioni in cui il credito accordato è ricompreso, a sua volta rinvia ai decreti ministeriali preposti alla rilevazione periodica (trimestrale) dei tassi finanziari, dunque ad una fonte, questa volta, di natura *secondaria*.

Ora, a conferma della funzione *calmieratrice* del reato di usura, nel 2011 il legislatore ha deciso di rivedere il criterio di calcolo del tasso oltre il quale gli interessi si intendono usurari, al dichiarato fine di offrire maggiore margini di elasticità alla concessione del credito bancario. Come noto, la congiuntura di crisi è stata all'origine di una disfunzione nel mercato del credito, nel senso di una pesante stretta creditizia, in parte incoraggiata anche a causa dai più elevati coefficienti patrimoniali minimi richiesti dalla normativa di Basilea[734]. Gli istituti bancari, valutato il maggior rischio d'insolvenza da parte delle imprese, tendevano a non mutuare più denaro, oppure a

---

di massimo scoperto, dall'altro (co. 2) chiarito che «gli interessi, le commissioni e le provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono comunque rilevanti ai fini dell'applicazione dell'articolo 1815 del codice civile, dell'articolo 644 del codice penale e degli articoli 2 e 3 della legge 7 marzo 1996, n. 108». Infatti, nonostante l'art. 644 c.p., co. 4, già prevedesse a chiare lettere che «per la determinazione del tasso di interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito», buona parte della giurisprudenza – seguendo le indicazioni contenute nei decreti ministeriali, a loro volta ispirati alle "*Istruzioni*" della Banca d'Italia (le quali, fino al secondo semestre del 2009 hanno ininterrottamente sancito che la commissione non entra nel calcolo del TEGM) – tendeva a lasciare fuori dal calcolo del tasso usurario la commissione di massimo scoperto. Cfr. R. RAMPIONI, *La fattispecie di usura "presunta"nel crogiuolo della pratica applicativa. Il "nodo" della commissione di massimo scoperto mette a nudo il* non sense *della delega politica agli organi tecnici,* in *Cass. pen.,* 1, 2012, 361 ss.; M. SCOLETTA, *Tasso usurario, commissione di massimo scoperto e rilevanza penale del fatto* (nota a Trib. Milano, 24 giugno 2013), in *Le Società,* 2013, 11, 1257 ss.. Scrive M. FLICK, *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell'economia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 4, 424 ss., in relazione alla giurisprudenza che ha anticipato il decreto *anti*-crisi che, nel contesto della crisi finanziaria, economica e sociale e del coinvolgimento in essa delle banche, «è stata da più parti sottolineata la funzione sociale, quando non immediatamente pubblica, del credito. Riemerge la tendenza a considerare quest'ultimo una pubblica funzione o quantomeno un pubblico servizio ai fini penali, attraverso il richiamo di numerosi sintomi: il coinvolgimento dei prefetti; l'eterogenesi dei fini dei *Tremonti bonds*, da strumenti di ricapitalizzazione a strumenti di erogazione del credito; il diffuso convincimento che – al di là del merito creditizio – vi sia quasi una sorta di diritto al credito, nelle situazioni di difficoltà. A questa tendenza si collega altresì la crescente attenzione per la c.d. usura bancaria, in relazione al limite legale degli interessi usurari ed al loro riferimento alle operazioni bancarie tipiche».

[733] V. ad es. F. MUCCIARELLI, *La nuova legge,* cit., 63; D. MANZIONE, *Usura e mediazione creditizia,* cit., 45.

[734] Cfr. *Relazione conclusiva approvata dalla Commissione nella seduta del 30 gennaio 2018* (*relatore: sen. Marino*) della *Commissione parlamentare di inchiesta sul sistema bancario e finanziario* – Resoconto sommario n. 47 del 30/01/2018, Allegato 1, reperibile in http://www.parlamento.it/, in part. par. 4.

concederlo a tassi d'interesse più elevati. Con il d.l. n. 70/2011, intitolato "*Disposizioni urgenti per l'economia*" (convertito nella l. n. 106/2011), allo scopo di eliminare possibili ostacoli allo sviluppo dell'economia e, quindi, di favorire una maggiore autonomia tra privati, il legislatore ha inteso modificare – come vedremo la modifica non opera in senso univoco, ma l'*effetto* che a noi interessa è quello di contrazione dell'area del penalmente rilevante – l'area di incidenza della fattispecie dell'usura bancaria.

Con lo strumento della decretazione d'urgenza, è così stato riformato l'art. 2, co. 4, l. n. 108/1996; in particolare, il limite di usurarietà del tasso cui fa riferimento il terzo comma dell'articolo 644 c.p. è stato fissato nel tasso effettivo globale medio aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali; si è inoltre previsto che la differenza tra il limite usurario e il tasso medio non possa essere superiore a otto punti percentuali. Nella versione precedente, invece, la legge attribuiva natura usuraria ai tassi che superavano il TEGM del periodo «aumentato della metà».

È subito allora da rilevare come la modifica abbia dato luogo alla riscrittura dello stesso procedimento algebrico di determinazione della soglia di usurarietà; riscrittura che, com'è evidente, incide anche sulla definizione legale del concetto di interesse usurario e, quindi, sul *tipo* legale del reato di usura, per come si presenta nella sua conformazione obiettivizzante.

Di conseguenza, a parità di tassi effettivi globali medi, a seguito di tale riforma muterà l'aliquota che distingue l'usura dalla legale remunerazione del denaro. Sembra peraltro opportuno precisare che il mutamento del criterio di calcolo del tasso-soglia non produce effetti univoci, conducendo ad una restrizione dell'area del penalmente rilevante soltanto per determinate operazioni creditizie e, in particolare, per quelle in cui i tassi normalmente praticati risultano di entità contenuta (ad una cifra); al contrario, per tassi elevati, a doppia cifra, l'area del penalmente rilevante si amplia.

Ora, mentre nel caso di effetti in concreto più sfavorevoli per il reo (contrazione del valore-soglia) non sono emersi – e non avrebbero potuto emergere – dubbi rispetto all'applicazione della regola dell'irretroattività della *lex superveniens*, alla presenza di effetti più favorevoli *in concreto* si è posto il problema di comprendere quale criterio di calcolo applicare ai fatti commessi in epoca antecedente alla riforma.

Ovviamente la questione intertemporale posta dalla modifica del *criterio di calcolo* del tasso -soglia non ha niente a che vedere con le modifiche che investono (o almeno dovrebbero investire) *trimestralmente* il tasso effettivo globale medio praticato in ciascun settore dell'attività creditizia (mutamento che dipende dalla variazione *periodica* di alcuni parametri economici, ma che è calcolato sempre attraverso la medesima operazione matematica).

Per quanto riguarda la modifica del tasso medio d'interesse conseguente a una nuova rilevazione *trimestrale*, può considerarsi ormai acquisito che esso non possa dare luogo ad un'applicazione retroattiva favorevole. In proposito, larga parte della dottrina parla di

una successione di norme solo apparentemente integratrici[735], inidonee ad operare una *abolitio criminis* ex art. 2, co. 2, c.p.; ad ogni modo, anche indipendentemente dall'individuazione della natura – integratrice o meno – delle rilevazione trimestrali, non vi sarebbe dubbio circa la necessità di applicare la disciplina del *tempus regit actum*, solo che si consideri che queste norme modificatrici, destinate a decadere ogni tre mesi, e comunque con la variazione della norma – apparentemente o realmente, a seconda dell'impostazione – *integratrice* [736], hanno carattere necessariamente temporaneo, dovendo dunque essere riportate al disposto dell'art. 2, co. 5, c.p.

Altrettanto non può dirsi per la modifica del criterio di calcolo operata dal "decreto sviluppo". Anzitutto, si pone diversamente la questione della *natura* da assegnarsi alla norma che individua il criterio di calcolo del tasso-soglia; con minori dubbi che si tratti di norma integratrice, incidendo tale criterio sulla definizione legale della nozione di "interesse usurario" su cui il legislatore del 1996 ha scelto d'imperniare il disvalore del reato di usura; di conseguenza, minori dubbi investono la circostanza di essere di fronte ad un fenomeno successorio tra norme integratrici.

Inoltre, tale modifica non è affatto affidata a una legge con carattere espresso di temporaneità; il decreto-legge in questione, poi convertito in legge, interviene a modificare *pro futuro* l'art. 2, co. 4, della legge n. 108 /1996, disposizione pensata per avere una stabile permanenza nell'ordinamento, e caratterizzata, quindi, da un certo grado di indifferenza rispetto a variazioni di tipo temporale-economico, essendo al limite soggetta – come del resto tutte le norme, e forse più di altre solamente per la connaturata connessione tra la disciplina dell'usura e le condizioni del mercato del credito – a modifiche occasionate dal mutamento del contesto economico di riferimento.

Le difficoltà sorte in giurisprudenza rispetto alla questione dell'efficacia retroattivamente favorevole della modifica legislativa sono legate alla complessità delle questioni teoriche in campo. Sullo sfondo si agita la questione della cogenza e della latitudine da assegnarsi alla regola della retroattività *in mitius*; la quale *regola*, godendo ormai di un'ampia copertura costituzionale (art. 3 e 117, co. 1, Cost.) e convenzionale (art. 7 CEDU)[737] che la colloca nell'ambito dei principi di uguaglianza e proporzione, dovrebbe risultare ad oggi derogabile soltanto in presenza di un test positivo di ragionevolezza della deroga (pur con il limite del giudicato) e di non contrarietà all'ordinamento sovranazionale[738].

È poi chiamato in causa il tema, sempre spinoso, della c.d. successione mediata delle norme penali e dell'*abolitio criminis* parziale; tema che, nell'ottica del criterio

---

[735] Così G. L. GATTA, Abolitio criminis *e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Giuffré, Milano 2008, 756; D. MANZIONE, *op. cit.*, 46.

[736] Per P. CAVALLO, *Una nuova disciplina per la repressione del fenomeno dell'usura*, in *Cass. pen.*, 1997, 3217 ci si troverebbe di fronte ad un vero e proprio fenomeno successorio, da configurarsi però come successione di norme temporanee, regolata dall'art. 2, co. 5, c.p..

[737] Cfr. Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009, in *Riv. it. dir. proc. pen,*, 2010, 366 ss. (con nota di C. PECORELLA). V. inoltre F. VIGANÒ, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*. *Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte EDU: riflessioni a margine della sentenza n. 236/2011,* in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2011.

[738] Cfr. C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza*, cit., 73 ss.

strutturale ormai prevalente in giurisprudenza, richiama anche il problema dell'individuazione del ruolo da assegnarsi, nell'ambito della fattispecie di usura presunta, al criterio di calcolo del tasso-soglia stabilito nella norma extrapenale.

Come noto, il campo teorico dell'avvicendamento interno alla fattispecie è ancora conteso tra i criteri strutturale, assiologico e del fatto concreto. La tesi strutturale, affidandosi ad un criterio di tipo logico-formale, muove dal piano del confronto strutturale tra le norme in successione per guardare alla "doppia punibilità in astratto"[739] del fatto. Per questo indirizzo di *abolitio criminis* si potrà parlare solo nel caso in cui, confrontando le diverse fattispecie penali che si succedono nel tempo, possa ritenersi che lo *ius superveniens* abbia mutato la fattispecie originata dal collegamento tra la norma penale e la modifica extrapenale. L'applicazione di questo criterio presuppone l'individuazione del ruolo svolto dalla norma extrapenale nell'ambito della fattispecie incriminatrice. A tal fine, si distingue tra norme *integratrici* e norme *non integratrici*, potendo soltanto le prime, in quanto ontologicamente partecipi della fattispecie penale, essere assoggettate alla regola successoria di cui all'art. 2, co. 2, c.p. Soltanto per queste norme avrebbe infatti senso l'applicazione di un principio – la retroattività favorevole – dettato specificamente per le norme incriminatrici. Valore di norme integratrici sarebbe da assegnarsi, per questo orientamento, alle norme extrapenali che, in funzioni di integrazione tecnica, sono chiamate a completare il precetto delle c.d. norma penali in bianco, nonché alle norme definitorie, preordinate a chiarire il significato di termini utilizzati nella disposizione incriminatrice[740]. Quest'ultimo indirizzo, ritenuto il più stringente e dunque il meno rispondente al *favor libertatis*, è stato accolto dalla giurisprudenza prevalente, a partire dalla sentenza a Sezioni Unite *Magera*[741]. La stessa sentenza *Magera* riconosce tuttavia che il prescelto criterio strutturale possa essere accompagnato, in via residuale, anche da un criterio di accertamento del fenomeno abolitivo a carattere "sostanziale", maggiormente attento alla *ratio* dell'incriminazione e al disvalore stigmatizzato dal legislatore, verificando quale sia l'*assetto giuridico* realizzato dalla combinazione della norma penale e di quella extrapenale[742]. È così implicitamente richiamato quel secondo orientamento dottrinario che dà invece rilievo all'incidenza della norma penale sul disvalore del fatto, riconducendo l'operatività dell'*abolitio criminis* all'idoneità della modifica mediata a incidere sulla *ratio* di

[739] G. MARINUCCI–E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*. *Parte generale*, cit., 119 ss.
[740] *Ivi*, 123-124.
[741] Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 27 settembre 2007, n. 2451 ("*Magera*") in *Cass. pen.*, 2008, 3, 898 ss. (con nota di M. GAMBARDELLA). Richiamandosi espressamente alla soluzione già da tempo elaborata dai giudici di legittimità per distinguere, nell'ambito delle modifiche "immediate" della fattispecie penale, tra la successione di norme abolitive (art. 2,co. 2, c.p.) e quella di norme meramente modificative (art. 2, co. 4, c.p.), con questa sentenza i giudici di legittimità hanno chiarito che, in caso di successione di norme extrapenali richiamate da una disposizione incriminatrice, non ci si può limitare a considerare se il fatto, punito in base alla legge anteriore, sia sanzionato, o meno, in base a quella posteriore. Per individuare lo spazio applicativo del secondo comma dell'art. 2 c.p. «occorre prendere in esame la fattispecie e stabilire se la norma extrapenale modificata svolga in collegamento con la disposizione incriminatrice un ruolo tale da far ritenere che, pur essendo questa rimasta immutata, la fattispecie risultante dal collegamento tra la norma penale e quella extrapenale sia cambiata e in parte non sia più prevista come reato». Con la conseguenza che «la successione avvenuta tra norme extrapenali non incide [...] sulla fattispecie astratta, ma comporta più semplicemente un caso in cui in concreto il reato non è più configurabile, quando rispetto alla norma incriminatrice la modificazione della norma extrapenale comporta solo una nuova e diversa situazione di fatto».
[742] Si legge nella sentenza *Magera*, che «oltre che rispetto alle norme integratrici di quelle penali, l'art. 2 c.p. può trovare applicazione rispetto a norme extrapenali che siano esse stesse, esplicitamente o implicitamente, retroattive, quando nella fattispecie penale non rilevano solo per la qualificazione di un elemento, ma per l'assetto giuridico che realizzano». Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 27 settembre 2007, cit., punto 6.

tutela della norma incriminatrice. Alla stregua di tale indirizzo, per capire se si applichi o meno l'art. 2, co. 2, c.p., occorrerebbe indagare sul disvalore astratto del tipo, e quindi sulla *ratio puniendi*[743].

Per un'ultima tesi, al fine di stabilire se il mutamento del concetto normativo richiamato o presupposto dalla disposizione incriminatrice possa estendere il proprio effetto favorevole anche ai fatti commessi in precedenza, occorrerebbe invece valutare l'incidenza della modifica mediata della fattispecie penale sulla concreta punibilità del reo (c.d. "doppia punibilità in concreto")[744]. Questo criterio valorizza la portata che la nozione di «fatto» acquisisce nel diritto intertemporale e accoglie le sollecitazioni provenienti dal diritto penale "dei diritti umani", presentandosi come il criterio più vicino al principio del *favor libertatis* ed autenticamente europeistico[745].

Infine, come vedremo, assume rilevanza anche il peculiare contesto che ha determinato la modifica legislativa, la quale, come anticipato, è stata occasionata dalla crisi economica, perseguendo il dichiarato fine di alleggerire il rischio illecito per gli istituti bancari[746], con l'obiettivo ultimo di aumentare i margini di concessione del credito.

2.1. La giurisprudenza di legittimità sulla retroattività in mitior *della modifica legislativa*

All'indomani dell'intervento novellistico, la Corte di Cassazione ha negato la portata retroattivamente favorevole della modifica del criterio di calcolo del tasso usurario. La giurisprudenza che analizziamo[747] aderisce al criterio strutturale già promosso dalla sentenza *Magera*, ponendosi dunque già in un'ottica di rigore che non condividiamo ma che in questa sede non intendiamo contestare. Procederemo piuttosto a verificare come, anche nell'ottica prescelta dalla Corte, il risultato cui si perviene sia frutto di evidenti torsioni interpretative, che chiamano in causa il modello d'*eccezione* più sopra ricostruito.

Il percorso argomentativo della Corte, considerato l'indirizzo cui aderisce, prende le mosse dall'esclusione della natura integratrice della norma *extrapenale* in successione.

---

[743] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, cit., 84-85; D. MICHELETTI, *Legge e successione di norme integratrici,* Giappichelli, Torino, 2006, *passim*; V. VALENTINI, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffré, Milano, 2012, *passim*.

[744] T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 45 ss.; G. DE FRANCESCO, *Diritto Penale. I fondamenti,* cit., 142 ss.; G. FIANDACA–E. MUSCO*, Diritto penale. Parte generale*, cit., 96; L. RISICATO, *Gli elementi normativi della fattispecie*, cit., 269 ss.; A. GARGANI, *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, 2698 ss. Da ultimo v. G. PUGLISI, *Modificazioni mediate della fattispecie e diritto penale intertemporale: ragioni teleologiche ed ermeneutiche* pro libertate, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2, 2017, 789 ss.

[745] G. PUGLISI, *op. cit.*, passim.

[746] Cfr. *Relazione illustrativa* al Decreto Sviluppo, 4357 AC (dal disegno di legge di conversione del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70).

[747] Cass. pen., Sez. II, 19 dicembre 2011, n. 46669, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 6, 730 ss. (con nota di M. PILONI). Sulla sentenza v. inoltre F. BOMBA, *La riforma del delitto di usura e questioni di diritto intertemporale*, in *Arch. Pen.*, 3, 2012.

Infatti, pur riconoscendo la natura di norma penale in bianco della disposizione contenuta nell'art. 644 c.p., la Suprema Corte ha ritenuto che non potesse porsi un problema di successione mediata di norme penali, in ragione della ritenuta incapacità della modifica normativa di incidere sulla struttura essenziale della fattispecie astratta del reato di usura. Per la Corte, la riscrittura dei criteri di rilevazione del tasso soglia non comporterebbe alcun mutamento della norma incriminatrice e, conseguentemente, non renderebbe applicabili le regole successorie *ex* art. 2, co. 2, c.p.; ciò in quanto, dice la Corte, la fattispecie incriminatrice «rinvia, al fine di adeguare gli obblighi di legge alla determinazione del tasso soglia, ad una fonte diversa da quella penale, con carattere di *temporaneità*, con la conseguenza che la punibilità della condotta non dipende dalla normativa vigente al momento in cui viene emessa la decisione, ma dal momento in cui avviene l'accertamento, con esclusione dell'applicabilità del principio di retroattività della legge più favorevole (*corsivo nostro*)». Poiché la modifica legislativa in esame avrebbe inciso soltanto sul meccanismo di determinazione del tasso soglia, ovverossia su un elemento ritenuto per sua natura "contingente", destinato a variare anche con riferimento a valutazioni di carattere economico che hanno valore per l'arco temporale di applicazione della relativa normativa, per i giudici di legittimità la modifica attuata dal d.l. n. 70/2011 non avrebbe inteso «sminuire il disvalore sociale della condotta posta in essere nella vigenza della disciplina precedente».

L'*iter* argomentativo seguito dalla Cassazione nella sentenza citata poggia poi su un ulteriore rilievo: secondo la Corte, la portata dell'intervento innovativo, circoscritto alla modifica dei criteri di individuazione del tasso soglia, e la mancanza di norme transitorie – «certamente non dovuta a disattenzione», dice la Corte – esprimerebbero la volontà legislativa di delimitare l'ambito operativo della novità normativa, con l'effetto di renderla applicabile esclusivamente alle condotte poste in essere dopo la sua entrata in vigore, senza produrre effetti su preesistenti situazioni, regolate dalla normativa precedente. In quest'ottica, lo *ius superveniens* avrebbe avuto la più limitata funzione di variare il contenuto del precetto punitivo solo *per il futuro*, escludendo dunque la ricorrenza di un fenomeno di *abolitio criminis.*

2.2. Normativa a carattere congiunturale e torsioni applicative che richiamano il modello d'eccezione

Le argomentazioni utilizzate dai giudici di legittimità per arrivare alla soluzione della non retroazione *in mitius* appaiono scarsamente coordinate fra loro (si argomenta in punto di assenza di forza integratrice della previsione contenente l'algoritmo di calcolo del tasso-soglia, per poi pervenire alla soluzione della irretroattività favorevole sul piano del carattere temporaneo della norma) ed errate nei loro assunti di partenza (la natura non integratrice del criterio di calcolo del tasso soglia, il carattere *temporaneo* della norma modificatrice).

Anzitutto, interrogandosi sul ruolo da assegnare alla norma extrapenale che disciplina il procedimento di calcolo della soglia-limite, non si può non riconoscere

l'essenzialità della funzione di questa disposizione nell'economia della fattispecie in materia di usura presunta; funzione che ne fa emergere, come la dottrina ha avuto modo di evidenziare[748], la natura integratrice. E infatti, nella sua attuale configurazione, il procedimento di calcolo della soglia contribuisce a delineare la definizione stessa del reato, presentandosi come elemento ontologicamente partecipe del *tipo* penale, il quale da solo serve a connotare la condotta illecita[749]. Di conseguenza, muovendoci – come dichiara di fare anche la Corte – nell'ambito dell'impostazione logico-formale accolta dalla sentenza *Magera*, si dovrebbe pervenire alla possibilità di applicare il principio di retroattività favorevole di cui all'art. 2, co. 2, c.p.. L'adozione di questo punto di vista sembra consentire di superare il rilievo, formulato nella sentenza in esame, in base al quale l'assenza di una disciplina transitoria impedirebbe l'applicazione retroattiva del *novum* normativo. Attesa la natura "integratrice" della norma extrapenale modificata dal d.l. n. 70/2011, in quanto tale automaticamente deputata a trovare applicazione anche per il passato in forza della previsione dettata dall'art. 2, co. 2, c.p., tale disciplina non era assolutamente necessaria.

A non convincere particolarmente, però, è soprattutto l'ulteriore passaggio argomentativo, in cui la Corte di Cassazione esclude l'applicazione del principio di irretroattività favorevole sulla base del carattere di *temporaneità* assegnato alla fonte extrapenale. In questo ragionamento, alcuni commentatori [750] hanno visto una sovrapposizione concettuale tra la disciplina dettata dalla legge n. 108 del 1996, che fissa i criteri di calcolo della soglia di usurarietà dei tassi di interesse, e i decreti ministeriali che, in funzione di integrazione tecnica della disciplina legislativa, cristallizzano le periodiche variazioni dei tassi medi per tipo di operazione finanziaria. La prima fonte, descrivendo un meccanismo di predeterminazione legale diretto a guidare l'interprete nell'individuazione degli interessi usurari, non ha invece carattere temporaneo, offrendo un parametro pensato per rimanere stabile nel tempo, pur essendo sempre suscettibile, come abbiamo già detto, di subire modifiche in ragione della

[748] Cfr. G.L. GATTA, *Abolitio criminis* e successione di norme integratrici: teoria e prassi, cit., 757; L. TROYER–S.CAVALLINI, *Usura presunta e commissione di massimo scoperto: il disorientamento dell'operatore bancario tra indicazioni erronee" dell'Autorità ed "autentiche" del Legislatore al vaglio della Suprema Corte,* in *Riv. dott. comm.,* 2011, 955.

[749] In questo senso, anche la pronuncia di un g.i.p. consentino (decreto di archiviazione 21 settembre 2016), accolta con favore dalla dottrina: v. A. CHIBELLI, *La successione "mediata" delle norme penali e il delitto di usura: disorientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.– Riv. trim.*, 2017, 2, 109 ss. Per il giudice cosentino la trasformazione del procedimento di calcolo si ripercuote necessariamente sulla stessa definizione legale di interesse usurario e, per tale via, sulla fisionomia dell'ipotesi delittuosa prevista e punita dall'art. 644 c.p., introducendo un elemento che ritaglia un'area di rilevanza penale più circoscritta, in coincidenza con una nuova e più contenuta nozione di interesse usurario. L'effetto è allora di estromettere dall'ambito operativo della norma incriminatrice dell'usura una serie di fatti che prima vi erano ricompresi, producendo così un effetto abolitivo destinato a retroagire ai sensi dell'art. 2, co. 2, c.p. In altri termini, facendo applicazione del criterio logico-formale avallato dalla giurisprudenza di legittimità, il giudice del Tribunale di Cosenza ha comparato le fattispecie astratte in successione e, una volta verificata l'avvenuta metamorfosi del modello legale di comportamento tipizzato dalla disciplina penale, ha dichiarato il fenomeno successorio sottoposto al suo scrutinio pienamente riconducibile nella sfera di operatività dell'art. 2 del codice penale.

[750] Cfr. A. CHIBELLI, *op. cit.*, 124 ss.; F. BOMBA, *op. cit.*, 2 ss.

variazione del contesto socio-economico di riferimento. Il meccanismo di calcolo del tasso-soglia non potrebbe dunque essere equiparato alle rilevazioni trimestrali del tasso effettivo globale medio raccolte nei decreti ministeriali, dunque in una fonte secondaria connotata, questa sì, da un congenito carattere di provvisoria temporaneità.

A noi pare tuttavia che lo scivolamento della Corte sulla *temporaneità* della norma modificatrice, più che sul piano della scorretta assimilazione tra le diverse fonti normative extrapenali (la l. n. 108/1996 e i decreti ministeriali di cadenza trimestrale) cui fa rinvio l'art. 644 c.p., si sia compiuto attribuendo – anche se in modo non espresso – al d.l. n. 70/2011 un carattere di *eccezionalità*, con conseguente invocazione della disciplina del *tempus regit actum.*

È talmente evidente il carattere *non* temporaneo – nel senso di norma legata ad un limite temporale espresso di efficacia – della previsione contenuta nella l. n. 198/1996, che non riusciamo ad attribuire ai giudici di legittimità una simile svista. Dice invece la Corte che «la modifica della normativa secondaria, avvenuta con d.l. n. 70 del 2011, poi convertito in legge, non trova applicazione retroattiva […], essendo il tasso soglia variabile *anche* con riferimento a valutazioni di carattere economico che hanno valore, ai fini della individuazione del tasso usurario, per l'arco temporale di applicazione della relativa normativa e non vengono meno a seguito della successiva modifica di tali limiti che hanno validità solo per il periodo successivo». E prosegue affermando che «la portata dell'intervento innovativo sulla determinazione dei criteri di individuazione del tasso soglia e la mancanza di norme transitorie, certamente non dovuta a disattenzione, denotano che si è voluto dare alla normativa (che ha introdotto un regime maggiormente favorevole agli istituti bancari in relazione al reato di usura) operatività con esclusivo riferimento a condotte poste in essere dopo la sua entrata in vigore, senza produrre effetti su preesistenti situazioni, regolate dalla normativa precedente». La Corte di Cassazione, dopo aver fatto espresso richiamo alla *ratio* della modifica legislativa e alle motivazioni congiunturali, di tipo economico, che l'hanno determinata (valutazioni connesse appunto alla necessità di alleggerire il rischio penale per le banche, allo scopo dichiarato di favorire la concessione del credito), instaura una diretta connessione tra il *background* socio-economico della modifica legislativa e la scelta di aderire alla soluzione della irretroattività favorevole. Questa connessione richiama, pur implicitamente, la *ratio* giustificatrice che assiste il regime del *tempus regit actum* nell'ambito delle leggi eccezionali, le quali per loro intrinseca natura s'intendono riferite solo ed esclusivamente ai fatti commessi durante la loro vigenza, in quanto correlati alle peculiari ragioni che hanno ispirato la disciplina *extra ordinem.*

Emerge allora un modello d'eccezione (del tempo di crisi) costruito in via pretoria su una disciplina che, pur non nascondendo il suo carattere *congiunturale*, di *eccezionale* non voleva avere nulla. Non solo il legislatore non ha espressamente limitato gli effetti della modifica al *tempo di crisi,* ma, casomai, l'intenzione era proprio quella di mandare esenti le banche da responsabilità penale in caso di applicazione di tassi d'interesse sovra-soglia, e tuttavia non eccessivamente gravosi, così come di

rendere, per operazioni con tassi di interesse contenuti, la soglia di riferimento meno influenzabile da piccole oscillazioni nelle rilevazioni trimestrali del tasso medio.

3. Un'altra esperienza congiunturale di crisi: la Direttiva "MAD 2" in materia di abusi di mercato e l'attività di *rating*

Concludiamo con un'ultima esperienza di diritto penale *congiunturale* di *crisi.*

In risposta alla *crisi* (anzitutto *finanziaria* ed *economica*, ma, a seguire, anche *politica*) che l'ha duramente colpita, l'Unione europea ha attuato una serie di misure dirette da un lato a favorire il superamento della congiuntura economica negativa e la ri-costruzione della *fiducia* nei mercati e nelle istituzioni europee e, dall'altro, a rimediare alle debolezze riscontrate nel sistema previgente, in funzione di prevenzione di crisi future. Ad esempio, seguendo le raccomandazioni contenute nel *Rapporto* del Gruppo di studio guidato da *de Larosière*, il volto della vigilanza europea in materia di mercati finanziari è radicalmente mutato, con la creazione di nuovi organi di controllo e l'adozione di nuovi meccanismi di vigilanza prudenziale[751]. Sono seguiti – anche come reazione più *specifica* alla crisi dei debiti sovrani europei e all'emersione della manipolazione dei tassi *Libor* ed *Euribor* – altri importanti interventi di riforma a tutela dell'integrità dei mercati, in particolar modo centrati sulla revisione della disciplina in materia di abusi di mercato e sulla regolamentazione dell'attività di *rating*.

Nell'ambito di questo sforzo di superamento della *crisi* realizzato per vie giuridiche – sforzo diretto a ricostruire la *fiducia* nei mercati europei e a ri-*legittimare* l'esistenza stessa dell'Unione – anche il diritto *penale* ha giocato il suo ruolo, in particolare sul terreno degli *abusi di mercato*, con la *Direttiva 2014/57/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 aprile 2014, relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato* (c.d. "*MAD II*")[752]; a ben vedere, la prima direttiva in materia penale ad essere adottata sulla base dell'art. 83, par. 2 TFUE[753].

Il carattere *congiunturale* della *Direttiva* è del tutto evidente; l'adozione della *Direttiva "MAD II"* è infatti direttamente associata, nel *Considerando* n. 3, ai risultati contenuti nella relazione del gruppo *de Larosière*[754], il quale aveva concluso per la necessità di «*regimi sanzionatori uniformi, severi e dissuasivi per tutti i reati finanziari,*

[751] L'Unione Europea si è dotata di tre nuove autorità di vigilanza – l'Autorità bancaria europea (in inglese, *European Banking Autority* ABE), l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (*European Insurance and Occupational Pensions Autorithy*, EIOPA) e, in sostituzione del vecchio *Committee of European Securities Regulators* (CESR), l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (*European Securities and Markets Authority*, ESMA) – e di un Comitato europeo per il rischio sistemico (*European Systemic Risk Board*), che insieme formano il nuovo Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF).

[752] Per un commento alla *Direttiva* in esame, v. F. CONSULICH–F. MUCCIARELLI, *Informazione e tutela penale dei mercati finanziari nello specchio della normativa eurounitaria sugli abusi di mercato*, in *Le Società*, 2016, 2, 42 ss.; F. CONSULICH, *Manipolazione dei mercati e diritto eurounitario*, *ivi,* 65 ss.

[753] L. FOFFANI, *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato,* in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.,* 2014, 3-4, 66 ss.; ID., *Economia e diritto penale nel tempo della crisi*, cit., 754-766.

[754] V. *supra*, Capitolo III, sez. I, par. 0 (premessa).

sanzioni che dovrebbero essere attuate efficacemente, al fine di preservare l'integrità del mercato»[755].

Che la *Direttiva* in parola trovi nella crisi economico-finanziaria l'occasione della sua emanazione è ribadito al *Considerando* n. 7, dove si legge che «*alla luce della crisi finanziaria, è evidente che la manipolazione del mercato può comportare danni significativi per la vita di milioni di persone. Lo scandalo del Libor, relativo a un grave caso di manipolazione di un indice di riferimento (benchmark), ha dimostrato che problemi e carenze importanti si ripercuotono seriamente sulla fiducia nei mercati e possono determinare perdite consistenti per gli investitori, nonché distorsioni dell'economia reale. L'assenza di un regime comune di sanzioni penali nell'Unione offre l'opportunità agli autori di abusi di mercato di approfittare dei regimi meno rigorosi in alcuni Stati membri*»[756].

Per il legislatore europeo, gli effetti della crisi finanziaria ed il clima di sfiducia che caratterizza questo tempo, avrebbero in particolare prodotto la necessità di un più ampio ricorso allo strumento criminale nell'ambito degli illeciti che ledono l'integrità dei mercati. La nettezza di questa opzione si coglie, ancora una volta, soltanto scorrendo i *Considerando* della *Direttiva*, dove, di fronte alla dimostrata inadeguatezza del presidio amministrativo («*l'adozione di sanzioni amministrative da parte degli Stati membri si è finora rivelata insufficiente a garantire il rispetto delle norme intese a prevenire e combattere gli abusi di mercato*»[757]), l'intervento penale è dichiarato *indispensabile*, per il suo «*effetto dissuasivo maggiore*»[758], rispetto all'esigenza di presidiare l'integrità del mercato, la sua efficienza e il suo carattere integrato[759]. Oltre al suo carattere *dissuasivo*, il legislatore europeo scommette sulla portata *stigmatizzante* e sul portato *simbolico* della *pena,* in quanto sanzione capace di dimostrare «*una forma più forte di disapprovazione sociale rispetto alle sanzioni amministrative*»[760]; solo la *pena* sarebbe capace di stabilire «*confini chiari per i tipi di comportamenti che sono ritenuti particolarmente inaccettabili*» e di trasmettere «*al pubblico e ai potenziali contravventori il messaggio che tali comportamenti sono considerati molto seriamente dalle autorità competenti*»[761].

Facendo seguito agli obiettivi tracciati nei *Consideranda*, la *Direttiva* da un lato si preoccupa di prescrivere ai legislatori nazionali un'anticipazione ed estensione dell'intervento penale (in materia d'induzione, favoreggiamento, concorso e tentativo), dall'altro introduce l'obbligo per gli Stati membri di adottare sanzioni *penali,* a fronte di una mera facoltà di prevedere sanzioni amministrative – dunque con rovesciamento

[755] Cfr. il *Considerando* n. 3 della *Direttiva.*
[756] Cfr. il *Considerando* n. 7 della *Direttiva.*
[757] Cfr. il *Considerando* n. 5 della *Direttiva.*
[758] Cfr. il *Considerando* n. 7 della *Direttiva.*
[759] Cfr. F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2018.
[760] Cfr. il *Considerando* n. 6 della *Direttiva.*
[761] *Ibidem.*

della prospettiva sanzionatoria perseguita dalla Direttiva del 2003, c.d. "*MAD I*"[762] – per gli abusi di mercato *gravi* e commessi con *dolo.*

Per l'individuazione dei casi *gravi* di abuso, la *Direttiva* ricorre a indicatori *oggettivi* (ad esempio, l'impatto della condotta sull'integrità del mercato, l'ammontare del profitto effettivo o potenziale ovvero la perdita evitata, la misura del danno cagionato al mercato ovvero il valore complessivo degli strumenti finanziari negoziati o il valore dell'alterazione del prezzo), ma anche *soggettivi*[763], tra cui la commissione del reato nell'ambito di un'organizzazione criminale, la presenza di un'ipotesi di recidiva, nonché, per i reati di manipolazione del mercato, il fatto che siano posti in essere da «*soggetti impiegati o che lavorano all'interno del settore finanziario ovvero presso un'autorità di vigilanza o di regolamentazione*»[764].

Rispetto al trattamento sanzionatorio degli abusi penalmente rilevanti, alla previsione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive, il legislatore affianca – secondo un modello invero già sperimentato nelle decisioni quadro degli anni precedenti – l'imposizione di un *minimo* di pena massima, differenziato a seconda delle diverse fattispecie (due anni di pena detentiva per la comunicazione illecita di informazioni privilegiate, quattro anni per l'abuso delle medesime ovvero per la raccomandazione o induzione all'abuso, così come per le manipolazioni del mercato).

Come abbiamo visto, la *Direttiva "MAD II"* ha inserito, tra i criteri idonei all'individuazione di un'ipotesi di manipolazione del mercato *grave*, sempre meritevole di pena, la qualifica soggettiva dell'appartenenza dell'autore al settore finanziario («soggetti impiegati o che lavorano all'interno del *settore finanziario*»).

Questo riferimento, apparentemente a-specifico, diviene invece specifico se letto in combinato disposto con il *Considerando* n. 2 del *Regolamento* (CE) n. 1060/2009[765] relativo alle *agenzie di rating del credito*, dove si dice espressamente che queste agenzie sono soggette alla normativa *penale* in materia di manipolazione del mercato.

Più avanti, nel *Considerando* n. 66, si legge che i singoli Stati-membro dovrebbero «*avere la possibilità di irrogare sanzioni amministrative o penali*» almeno in caso di grave scorrettezza professionale e omissione di diligenza dovuta. All'articolo 24, invece, si invitano le autorità di vigilanza nazionale a riferire i fatti alle competenti autorità nazionali ai fini della promozione dell'*azione penale* in caso di violazione delle norme regolamentari.

3.1. La neutralizzazione (soft) del rating "pericoloso": la pena come meccanismo di sfiducia (piuttosto che di lotta)

[762] L. FOFFANI, *Politica criminale europea e sistema finanziario,* cit., 70.
[763] Evidenzia le criticità legate a questi indicatori di tipo soggettivo, ripresi anche dalla legge delega italiana di attuazione della *Direttiva*, F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.,* 2016, 1, 201 ss.
[764] Cfr. *Direttiva*, *Consideranda* 11 e 12.
[765] Per un'analisi di questo *Regolamento* v. ad es. A.S. GINEVRI, *Le società di rating nel regolamento CE n. 1060/2009: profili organizzativi dell'attività,* in *Nuove Leggi Civ. Comm.,* 2010, 2 ss.

La lettura combinata della *Direttiva "MAD II"* e del *Regolamento* (CE) n. 1060/2009 – come modificato e integrato dal successivo *Regolamento* (UE) n. 463/2013 – mostra la sagoma di un intervento penale a carattere *congiunturale* mirato alla neutralizzazione di un *fenomeno* – la diffusione di *rating non veritieri* o *intempestivi* – ritenuto particolarmente pericoloso per l'integrità dei mercati finanziari; sagoma che richiama subito alla mente il *modello di lotta* analizzato nella *Sezione I.*

Tuttavia, studiando più in dettaglio l'intreccio tra *crisi economica*, *attività di rating* e *manipolazione del mercato*, ci si accorge che l'obiettivo di *sconfitta* del *fenomeno* per mezzo di un "combattimento" giuridico condotto per mezzo dell'arma della pena non pare essere il meccanismo con cui s'intende contenere la *pericolosità* dell'esercizio dell'*attività* di *rating*.

Il *Regolamento* in parola si apre[766] con la sottolineatura del ruolo centrale guadagnato dalla *agenzie* di *rating* sui mercati mobiliari e bancari mondiali. Prosegue con la presa d'atto che la maggior parte degli Stati membri non regolamenta le attività delle agenzie di *rating* del credito, né le condizioni per l'emissione dei *rating*, da cui la necessità di stabilire mediante regolamento «norme che garantiscano che tutti i rating creditizi emessi da agenzie di rating del credito registrate nella Comunità siano di qualità adeguata e siano emessi da agenzie di rating del credito soggette a requisiti rigorosi»[767]. Si precisa subito di seguito[768] che ad ogni modo il regolamento non ha l'obiettivo di istituire un obbligo generale di sottoporre a *rating* gli strumenti o le obbligazioni finanziarie e, quindi, di aumentare il ricorso al *rating*; pare anzi che l'obiettivo perseguito dall'Unione sia di diminuire progressivamente l'*affidamento* degli investitori nel *rating*.

L'atto di sfiducia indirizzato alle agenzie è contenuto al *Considerando* n. 10 del *Regolamento*, dove, evocando lo spettro della crisi finanziaria, si dice che «è opinione generale che le agenzie di rating del credito non siano state capaci, in primo luogo, di

[766] Cfr. il *Considerando* n. 1 del *Regolamento (CE) n. 1060/2009*: «Le agenzie di *rating* del credito svolgono un ruolo importante sui mercati mobiliari e bancari mondiali giacché i loro *rating* del credito sono utilizzati dagli investitori, dai mutuatari, dagli emittenti e dai governi come elementi che contribuiscono alla formazione di decisioni informate in materia di investimenti e di finanziamenti. Gli enti creditizi, le imprese di investimento, le imprese di assicurazioni vita e non vita, le imprese di riassicurazione, gli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM) e gli enti pensionistici aziendali o professionali possono utilizzare i rating come riferimento per il calcolo dei loro requisiti patrimoniali a fini di solvibilità o per il calcolo dei rischi nella loro attività di investimento. Ne consegue che i rating del credito hanno un impatto significativo sul funzionamento del mercato e sulla fiducia degli investitori e dei consumatori. È pertanto essenziale che le attività di rating del credito siano condotte nel rispetto dei principi di integrità, trasparenza, responsabilità e correttezza gestionale, affinché i rating utilizzati nella Comunità emessi da tali agenzie siano indipendenti, oggettivi e di qualità adeguata».

[767] Cfr. il Considerando n. 2 del *Regolamento*.

[768] Cfr. i *Considerandа* nn. 3 [«Il presente regolamento non dovrebbe istituire un obbligo generale di sottoporre a rating gli strumenti o le obbligazioni finanziarie (…)»] e 4 [«(…) il presente regolamento non dovrebbe imporre agli emittenti, agli offerenti o alle persone che chiedono l'ammissione alla negoziazione nei mercati regolamentati l'obbligo di richiedere il rating per i titoli soggetti all'obbligo di pubblicare un prospetto ai sensi della direttiva 2003/71/CE e del regolamento (CE) n. 809/2004 (…)] del *Regolamento*.

adeguare tempestivamente i loro rating al peggioramento delle condizioni del mercato e, in secondo luogo, di adattare per tempo i loro rating del credito in seguito all'aggravarsi della crisi del mercato»; per questo sarebbe necessario «adottare misure in materia di conflitti di interesse, qualità dei rating, trasparenza e governance interna delle agenzie di rating del credito, e sorveglianza delle attività delle agenzie di rating del credito»; ma, soprattutto, «coloro che utilizzano i rating del credito non dovrebbero affidarsi ciecamente a tali valutazioni ma dovrebbero sempre procedere con la massima attenzione alla propria analisi e all'opportuna diligenza dovuta prima di affidarsi a tali rating»[769].

Pare dunque subito evidente come l'obiettivo della normativa regolamentare europea – la quale interviene ad introdurre una serie di regole in materia di trasparenza, conflitto d'interessi, pubblicità, tempestività del *rating* – non sia trasformare il *rating* in uno strumento affidabile, bensì da un lato rendere più sicuro, per quanto possibile, l'esercizio del *rating* e, dall'altro, ridurre progressivamente l'affidamento nei giudizi emessi dalle agenzie da parte degli investitori, chiamati ad un atto di *responsabilizzazione*[770].

La *sfiducia* è rinnovata all'interno del successivo *Regolamento* (UE) n. 462/2013, che, riconoscendo il ruolo ricoperto dalle *agenzie di rating* nelle crisi dei debiti sovrani, interviene in particolare a rafforzare la disciplina del c.d. *timing* (ossia l'obbligo per le agenzie di *rating* di comunicare qualsiasi *rating* del credito su base *non* selettiva e in modo *tempestivo*), ampliandolo anche alle c.d. prospettive di *rating* di breve (c.d. *credit watch*) e lungo periodo (c.d. *credit outlook*)[771]. Qui il riferimento alla necessità di ridurre l'affidamento nei *rating* del credito e di eliminare gradualmente ogni effetto automatico che ne derivi, si fa insistente, divenendone il *leitmotiv*[772].

Ma allora, alla luce di questi plurimi atti di sfiducia – dove è rivelato un disegno complessivo che mira alla riduzione del ruolo del *rating* e, quindi, ad una maggiore responsabilizzazione dei suoi utilizzatori – che senso ha invocare l'intervento penale sul *rating*? Non dovrebbe forse, la presenza di un presidio penale e la possibilità offerta agli investitori di appellarsi al controllo del *magistero punitivo* sull'operato delle agenzie, aumentare l'affidamento nel *rating* da parte dei suoi utilizzatori?

Non vi è dubbio che sarebbe così, segnando allora una contraddizione tra gli obiettivi legislativi, laddove l'intervento penale in materia di abusi di mercato nel settore del *rating* segnasse un sufficiente livello di *effettività*, tale da garantire che i giudizi diffusi sul mercato dalle *agenzie* perseguano, sotto minaccia (effettiva) di pena, il massimo grado di veridicità (affidabilità, adeguatezza). Poiché, tuttavia, così non è, la presenza di un presidio *penale* serve più che altro a *segnalare* la pericolosità di attività che il diritto (in generale, ed in particolare quello penale) non è in grado davvero di *dominare*.

---

[769] Cfr. il *Considerando* n. 10 del *Regolamento.*

[770] Così anche G. CARRIERO, *Previsioni, opinioni, certezze: le agenzie di rating*, in *Europa e dir. priv.,* 2012, 3, 873 ss.

[771] Su questi aspetti, v. *infra*.

[772] Cfr. i *Considerandа* nn. 2, 3, 5, 6, 8, 9, 28, 29, 49 e artt. 5, 5-*ter*, 5-*quater*, 6-*ter*, 35-*bis*, 39-*ter* del *Regolamento* (UE) n. 462/2013.

La dimostrazione di quanto andiamo affermando (il livello di *ineffettività* segnato dal diritto penale in questo settore) presuppone il pieno intendimento di cosa sia il *rating*[773]. Esso è definito dal legislatore europeo come «un parere relativo del merito creditizio di un'entità, di un'obbligazione di debito o finanziaria, di titoli di debito di azioni privilegiate o altri strumenti finanziari» emesso «utilizzando un sistema di classificazione in categorie di rating stabilito e definito»[774]. Un parere che non riguarda «il valore di un'obbligazione finanziaria o di uno strumento finanziario»[775], e che non rappresenta una raccomandazione di investimento, ma si riferisce esclusivamente al rischio di insolvenza dell'emittente[776]. Si tratta, quindi, dell'emissione di un'*informazione* che possiede necessariamente natura *valutativa.*

Ammesso che anche informazioni di carattere *valutativo* possano integrare un fatto manipolativo, eventualmente anche *penalmente* rilevante, di esse dovrà poter essere verificato sia il carattere di *falsità*, sia l'effetto perturbativo, ossia l'incidenza sulla formazione del prezzo di strumenti finanziari.

In merito alla tutela (penale) dell'esercizio del *rating* alla luce della normativa europea (e, a cascata, nazionale) in materia di manipolazione del mercato sorgono allora diversi problemi.

Il primo problema riguarda la possibilità di addivenire ad un giudizio di *verità/falsità* in merito alla valutazione di *rating*[777]. È noto che per determinare il valore di *verità/falsità* di *valutazioni* su fatti futuri si dovrà tenere conto anzitutto del contenuto vero o falso dei dati sulla base dei quali la valutazione è fondata e poi del metodo con cui la stessa valutazione è formata[778]. Di conseguenza, di "falsità" del *rating* potrà parlarsi sia qualora le informazioni siano il frutto di una valutazione che falsifica l'entità quantitativa del dato di riferimento, sia laddove si registri una difformità tra i criteri di valutazione predeterminati e quelli impiegati concretamente nel processo valutativo, senza che di tale "scostamento" sia stata data un'adeguata indicazione giustificativa.

---

[773] In proposito, v. G. PRESTI, *Take the AAA train: note introduttive sul rating*, in AA. VV., *Il rating tra mito, realtà e narrazioni*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2, 2012, 251 ss.

[774] Art. 3, par. 1, lett. b), Reg. (CE) n. 1069/2009.

[775] Art. 3, par. 2, lett. c), Reg. (CE) n. 1069/2009.

[776] G. PRESTI, *op. cit.*, 253.

[777] Significative le parole di G. CARRIERO, *Previsioni, opinioni, certezze*, cit.: «i giudizi di *rating* dipendono dalle informazioni volontariamente fornite dagli emittenti (*scilicet*, dai relativi organi sociali), dai suoi *advisors* o direttamente acquisite e selezionate dalla società nell'ambito delle informazioni pubbliche o comunque disponibili al pubblico. In siffatta guisa, è d'immediata evidenza che la natura del *rating* è equivalente a quella di una mera opinione, risultando il giudizio variabile dipendente delle informazioni ricevute e della relativa intrinseca veridicità (le agenzie non sono tenute ad alcuna verifica sulla correttezza dell'informazione ricevuta né hanno i poteri per farlo), non potendo strutturalmente confondersi né con i giudizi espressi dalle società di revisione né, più in generale, con quelli relativi al controllo contabile. Insomma, non v'è il rilascio di garanzia alcuna sulla bontà del giudizio reso. La testimonianza più efficace è rappresentata dalla possibile esistenza di giudizi diversi sullo stesso emittente resi da plurime agenzie che abbiano adottato, in ipotesi a fronte delle stesse informazioni, differenti metodologie valutative. Per le anzidette ragioni, si è soliti affermare che "il *rating* rappresenta un'arte e non una scienza"».

[778] In dottrina, anche se in riferimento alle valutazioni estimative nell'ambito delle false comunicazioni sociali, v. per tutti A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 284.

Rispetto al primo elemento (giudizio di falsità sull'entità quantitativa del dato di riferimento), dobbiamo tenere conto del fatto che i dati su cui lavorano le agenzie di *rating* (affidabilità degli strumenti finanziari emessi da una certa emittente, dati attinenti alla crescita/solvibilità del debito pubblico di un dato Paese) sono a loro volta oggetto di valutazioni. Rispetto al secondo elemento, è da notarsi come – a differenza di quanto avviene in altri casi (es. rispetto ai criteri di redazione del bilancio), dove il metodo valutativo è in larga parte fissato dal legislatore (o, comunque, trova una qualche base non diciamo scientifica, ma almeno convalidata dall'elaborazione delle scienze aziendalistiche) – la scelta della procedura da impiegare nel giudizio di *rating* è sostanzialmente lasciata all'autonormazione delle singole agenzie internazionali[779]. La normativa europea prevede infatti il solo obbligo di «*utilizzare metodologie rigorose, sistematiche, continuative e soggette a convalida sulla base dell'esperienza storica*»[780], nonché un obbligo di trasparenza nei confronti del pubblico relativamente ai criteri elaborati. Ciò significa, quindi, che il contenuto del *rating* derivante dall'uso (ovviamente *corretto*) della procedura autonormata dovrà essere riconosciuto come "vero", non potendo in alcun modo essere sindacata l'adeguatezza della relativa metodologia.

Il secondo problema attiene invece all'*effetto* manipolativo richiesto dalla normativa europea, il quale presuppone l'accertamento della concreta idoneità dell'informazione a modificare il prezzo dello strumento finanziario; modifica che per richiedere l'intervento penale dovrà peraltro avere valore "elevato" (vedi la *Direttiva "MAD II"*). Ebbene, «vuoi per la molteplicità solo in parte conoscibile dei fattori condizionanti il mercato mobiliare, vuoi (di conseguenza) per l'indisponibilità di leggi economiche di copertura dotate di un adeguato tasso di conferma scientifica rispetto alle dinamiche di formazione del prezzo sul mercato»[781], la verificazione *ex ante* (ma, invero, anche *ex post*) della variazione dei prezzi di uno strumento finanziario – e tanto più dell'*entità* di questa variazione – in connessione all'emissione di un *rating* sulla solvibilità dell'emittente, è cosa assai complessa.

Rimane poi ovviamente da provare l'elemento *doloso*, ed in particolare la rappresentazione, da parte degli analisti finanziari, della *falsità* della notizia, la volontà della sua diffusione e dell'alterazione dei prezzi che ne consegue.

L'insieme di questi elementi rendono assai povero di aspettative l'esercizio della minaccia penale nel settore del *rating*, il quale si colloca in una posizione di pressoché totale immunità dall'esercizio del *magistero punitivo*. Di questo dato il legislatore europeo appare ben consapevole; e piuttosto che ingaggiare un *combattimento* per vie giuridiche – il cui buon esito presuppone la capacità di aggredire un dato "fenomeno" sul campo del processo penale – preferisce adottare una diversa strategia, che comunque richiama, ancorché su un piano quasi esclusivamente *simbolico*, l'ausilio del diritto penale.

---

[779] Sul tema dell'autonormazione v. *supra*, Capitolo *I*, par. 2.1.2.
[780] Art. 8, co. 3, Reg. (CE) n. 1060/2009.
[781] Cfr. C.E. PALIERO, *Nuove prospettive degli abusi di mercato*?, cit., 67.

La minaccia penale, anche così povera di un'entità effettiva, appare infatti particolarmente adatta a rafforzare il messaggio di *sfiducia* verso le agenzie, il cui ruolo nel mercato vorrebbe essere ridimensionato. Abbandonando la strategia di *lotta* – che anche un giudice penale particolarmente votato allo scopo difficilmente riuscirebbe a combattere sul campo del processo penale – le agenzie sono fatte oggetto di un meccanismo di ostracizzazione, di cui divengono protagonisti *attivi*, prima ancora che gli attori del controllo penale, gli stessi investitori, invitati a ritirare l'affidamento normalmente accordato al *rating*.

La strategia di *moralizzazione* senza sanzione che si attua in ambito penale si replica peraltro sul piano civilistico. La responsabilità civile delle agenzie di *rating* è stata riconosciuta esplicitamente solo con l'art. 35-*bis* del Regolamento (UE) 462/2013, nei casi di violazioni commesse con *dolo* o colpa *grave*. Tale disciplina, pur affermando espressamente il diritto dell'investitore ad ottenere il risarcimento del c.d. danno da *rating*, fornisce dei presupposti piuttosto stringenti per la concessione del rimedio risarcitorio[782], rendendo manifesta l'esigenza, avvertita dal legislatore europeo, di contemperare le istanze riparatorie a favore di emittenti e investitori con il bisogno di non ampliare oltre misura il perimetro di responsabilità delle agenzie; ciò da un lato per non influenzare l'espletamento del servizio di *rating* in un senso (quello della eccessiva prudenza) che non sarebbe comunque desiderabile, dall'altro per evitare di produrre, tramite l'impostazione di un presidio di *responsabilizzazione* giuridica *effettivo*, *affidamento* nell'attività di queste agenzie.

Considerate le specifiche caratteristiche dell'attività professionale in questione e la complessità del mercato in cui le agenzie di *rating* operano, è sul piano probatorio che la normativa europea introduce le principali strettoie. Non solo attribuisce all'investitore l'onere (sostanzialmente *diabolico*) di fornire elementi informativi precisi e dettagliati che indichino non solo che l'agenzia ha violato il regolamento, ma anche che la violazione ha avuto un impatto sul *rating* emesso, ma chiede anche che questi provveda alla prova del nesso causale tra la valutazione del merito del credito e la specifica scelta di investimento[783]. Nel regolamento si specifica, infatti, che il risarcimento dei danni potrà essere chiesto solo qualora l'investitore medesimo dimostri di aver ragionevolmente riposto affidamento sul *rating* per assumere la decisione di investire, detenere o cedere lo strumento finanziario oggetto del giudizio; dimostrazione che diviene più complessa nei casi di *rating* c.d. *unsolicited*, ossia in assenza di un rapporto contrattuale con l'agenzia[784].

Com'è stato notato, si tratta innegabilmente di una situazione che risulta di maggior favore per le agenzie e che aggrava notevolmente la posizione di investitori ed emittenti. Il quadro che ne emerge, però, oltre a fotografare la complessità del fenomeno del *rating*, risulta perfettamente coerente con il disegno di carattere più generale che mira alla riduzione dello spazio assegnato alle agenzie di *rating* nei processi decisionali degli investitori[785]. Non vi è dubbio, infatti, che «più si facilita la prova del nesso di causalità, più si rende effettiva la responsabilità civile delle agenzie; ma più si rafforza anche l'affidamento degli utenti nel *rating*»[786].

---

[782] Per un'analisi in dettaglio v. ad. es. P. MONTALENTI, *Le agenzie di rating: appunti*, in *Giur. comm.*, fasc.3, 2013, 511 ss.

[783] *Ibidem*.

[784] E infatti finora le decisioni della giurisprudenza italiana in materia non siano mai giunte a riconoscere il diritto degli investitori o degli emittenti al risarcimento. V. ad es. Trib. Catanzaro, 2 marzo 2012, n. 685, in *Danno e resp.*, 2013, 183 ss.; Trib. Roma, 17 gennaio 2012, n. 835, in *Giur. comm.*, 2013, II, 462; Trib. Roma, 27 marzo 2015, in *Le Società*, 2016, 439 ss.

[785] Per considerazioni simili v. I. MERENDA, *Attività di rating e delitto di manipolazione del mercato. Qualche riflessione sul caso "Standard & Poor's"*, in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2018, 20.

[786] G. PRESTI, *op. cit.*, 253.

3.2. Standard and Poor's *davanti al Tribunale di Trani per i declassamenti del debito italiano: Davide vs. Golia?*

A quel che consta, l'unico sistema giudiziario ad aver trascinato le agenzie di *rating* sul campo del processo penale è quello italiano. Ci riferiamo in particolare[787] alla vicenda che ha interessato il presidente mondiale dell'agenzia internazionale *Standard & Poor's*, il responsabile per l'Europa, tre analisti finanziari, nonché l'agenzia stessa[788], chiamati a rispondere per manipolazione di mercato (art. 185 TUF) di fronte al Tribunale di Trani.

Alle spalle di questa vicenda si trovano i plurimi declassamenti del *rating* del debito pubblico della Repubblica italiana operati da S&P tra il maggio 2011 e il gennaio 2012, da cui pare essere derivata una grave crisi di fiducia degli investitori esteri e nazionali, il conseguente innalzamento dei tassi d'interesse dei titoli di stato e, quindi, la crisi del nostro debito sovrano. Il procedimento in parola fu dunque avviato dalla Procura di Trani con l'intento di smascherare quello che sarebbe stato un disegno criminoso atto a destabilizzare l'economia italiana, attuato tramite l'elaborazione da parte dell'agenzia di una serie di valutazioni negative del debito pubblico italiano che, per tempistiche e modalità di pubblicazione, avrebbero compromesso il corretto funzionamento dei mercati finanziari[789].

---

[787] Ma vedi anche la vicenda che ha interessato, sempre a Trani, l'agenzia di *rating* "*Fitch*". La vicenda si è conclusa con una pronuncia di assoluzione per un analista dell'agenzia, accusato di aver manipolato il mercato rilasciando indebiti annunci preventivi di imminente declassamento dell'Italia (sent. n. 838/2017, inedita).

[788] Trib. Trani, sent. 30 marzo 2017 (dep. 26 settembre 2017), n. 837, Pres. ed est. Pavese.

[789] L'ipotesi accusatoria si reggeva su due capi d'imputazione: il capo a), concernente le presunte condotte di manipolazione del mercato *ex* art. 185 t.u.f. (aggravate ai sensi dell'art. 61, n. 7, c.p.) contestate alle persone fisiche, e il capo b), dedicato invece alla responsabilità di S&P per l'illecito di cui all'art. 25-*sexies*, d.lgs. 231/2001. Il fatto dedotto in contestazione presentava una struttura alquanto complessa, articolandosi in quattro distinti episodi collocati tra il maggio 2011 e il gennaio 2013. Come si legge nel capo di imputazione, gli episodi contestati consistevano: 1) nella divulgazione, il giorno 20 maggio 2011, di un *report* che attestava l'avvenuto taglio dell'*outlook* del debito sovrano dell'Italia da stabile a negativo, diffondendo non contestualmente ma solo il 23 maggio, a riapertura dei mercati, un ulteriore *report* esplicativo delle motivazioni del "taglio" effettuato: valutazioni che sarebbero state artificiosamente comunicate con una tempistica sfalsata e tale da generare sui mercati una volatilità e incertezza che concausava sensibili perdite su titoli azionari, obbligazionari e titoli di Stato nazionali; 2) nell'elaborazione e divulgazione, il giorno 1 luglio 2011 (alle ore 13 e quindi a mercati aperti), di una nota che, con l'artificio di diffondere valutazioni negative sulla manovra finanziaria correttiva presentata dal Ministero dell'Economia Giulio Tremonti, prima ancora che il testo della stessa fosse reso ufficiale e pubblicato in Gazzetta Ufficiale, determinava ulteriori turbolenze sul mercato dei titoli di Stato italiani, con pericolo concreto di deprezzamento degli stessi; 3) nell'aver posto il giorno 5 dicembre 2011 – all'indomani della conferenza stampa tenuta dal neo Presidente del Consiglio Mario Monti – il c.d. "*credit watch* negativo" sull'Italia, realizzando in tal modo un ulteriore artificio temporale informativo (quello di preannunziare un declassamento, pur senza decretarlo, in un momento critico di "ripartenza" del nostro paese agli occhi della Comunità internazionale) concretamente idoneo a predisporre negativamente i mercati finanziari, nonostante l'intervenuto cambio di *leader* alla guida del Governo e le riforme strutturali preannunziate; 4) nell'aver operato il giorno 13 gennaio 2012 il declassamento/taglio del *rating* del debito sovrano della Repubblica italiana di due gradini (da A a BBB+), confermando l'*outlook* negativo. E questo nonostante il responsabile del "*Bank Team*" per l'Italia di *Standard & Poor's*

I *media* hanno avuto gioco facile nel ricondurre questa vicenda – unica nel suo genere – all'episodio biblico dell'incontro tra *Davide* (la piccola Procura di Trani[790]) e *Golia* (il gigante S&P)[791], o ad evocare l'immagine di una «*lotta* contro i mulini a vento della finanza»[792]. Dobbiamo peraltro riconoscere che uno scontro, in questo processo, si è in qualche modo davvero consumato, con l'emersione di logiche di contrapposizione, colorate da accenti patriottici[793], che hanno spesso oltrepassato quello spazio – l'atto di accusa – dove il conflitto è connaturato al gioco delle "parti" processuali.

La sentenza che chiude – peraltro con l'assoluzione di tutti gli imputati – la vicenda in primo grado è percorsa da note di biasimo e non si risparmiano critiche all'operato degli analisti. Non verrebbe per questo certo da definirla una pronuncia *militante*; si tratta, invece, di una sentenza (di assoluzione) moralizzatrice, che, senza peraltro davvero toccare gli snodi più delicati della questione della configurabilità del reato di manipolazione del mercato in relazione all'attività di *rating*[794], si colloca perfettamente in linea con il disegno – l'applicazione di meccanismi di *sfiducia* (anche) senza *sanzione* – del legislatore europeo.

Gli artifici argomentativi cui si ricorre in sentenza svelano anzitutto le gravi difficoltà dei magistrati nell'impostare la verifica di *tipicità* oggettiva, ai sensi dell'art. 185 TUF, delle attività di *rating*. Esse emergono sia con riguardo all'emissione di mere

---

avesse segnalato agli analisti competenti che il giudizio espresso sul sistema bancario italiano (e alla base del doppio taglio di *rating* elaborato) era errato e contrario alla situazione reale, invitandoli a rimuovere quell'informazione dal comunicato; rimozione che tuttavia sarebbe avvenuta soltanto (e peraltro in modo parziale) sul testo in lingua inglese e non su quello trasmesso per legge alla Repubblica Italiana, né su quello diffuso ai mercati, agli analisti e agli investitori, con conseguente confusione e distorsione delle informazioni rese. Per l'accusa il declassamento sarebbe stato decretato alla stregua di argomentazioni incoerenti e incongruenti, realizzando in tal modo l'ennesimo "artificio informativo" concretamente idoneo a predisporre negativamente i mercati finanziari e a provocare una sensibile alterazione dei titoli di Stato. Ebbene, nel corso di questi quattro episodi, S&P, secondo la prospettazione accusatoria, avrebbe posto «in essere una serie di artifici tanto nell'elaborazione, quanto nella diffusione (comunicazione ai mercati finanziari) dei "*rating*" sul debito sovrano italiano concretamente idonei a provocare: una destabilizzazione dell'immagine, prestigio e affidamento creditizi dell'Italia sui mercati finanziari nazionali ed internazionali; una sensibile alterazione del valore dei titoli di Stato italiano, segnatamente un loro deprezzamento; un indebolimento della moneta italiana ed europea "Euro".

[790] La competenza riconosciuta al Tribunale di Trani non deve stupire. Trattandosi di reato realizzato interamente all'estero (aderendo all'orientamento interpretativo per cui la manipolazione del mercato è reato di mera condotta, si deve guardare al luogo in cui tali condotte sono state poste in essere, ed in particolare il luogo da cui sono state diffuse le informazioni, in questo caso Londra), e non ricorrendo alcuna delle ipotesi di cui al co. 1 dell'art. 10 c.p.p, la competenza spetta, ai sensi del co. 2 del medesimo articolo, al giudice del luogo in cui ha sede l'ufficio del pubblico ministero che ha provveduto per primo a iscrivere la notizia di reato nel registro di cui all'art. 335 c.p.p..

[791] Cfr. ad es. "*Davide contro Golia La procura di Trani contro Standard & Poor's*", di Giulietto Chiesa, 29 Marzo 2017, su http://passaparoladesso.blogspot.com/2017/03/giulietto-chiesa-davide-contro-golia-la.html.

[792] V. "*Standard & Poor's e Fitch, tutti assolti. Finiscono nel nulla gli (s)Trani processi. Il tribunale assolve agenzie, analisti ed ex manager accusati per il "complotto del rating". Un altro buco nell'acqua per la procura pugliese che lotta contro i "mulini a vento" della finanza*", 30 Marzo 2017, su https://www.ilfoglio.it/giustizia/2017/03/30/news/standard---poor-s-fitch-tutti-assolti-al-processo-di-trani-127840/.

[793] Agli occhi dei *media*, ad esempio, non è passata inosservata la cravatta con il tricolore indossata dal pubblico ministero il giorno della requisitoria.

[794] V. I. MERENDA, *op. cit.*, 3 ss.

prospettive di *rating* (vale a dire l'emissione di *credit outlook* e di *creditwatching*)[795], riportate, nell'ipotesi accusatoria, alla manipolazione (operativa) commessa mediante "*altri artifici*", sia rispetto all'emissione vera e propria di *rating*, ricondotta invece alla manipolazione informativa, commessa mediante "diffusione di notizie *false*"[796].

In riferimento alle *prospettive di rating*, è evidente che le difficoltà dei giudici originano dalla difformità di queste operazioni rispetto ai tipici mezzi di realizzazione di una manipolazione operativa (anche nella modalità degli "altri artifici") e, più in particolare, dalla problematicità presentata dall'individuazione del contenuto *decettivo* dell'operazione. Invero, la condotta degli *altri artifici* ben può essere integrata con qualsiasi mezzo idoneo ad immettere nel mercato un segnale avente portata *ingannatoria*; carattere, questo, che non escludiamo possa essere riconosciuto anche ad un segnale *tendenzioso*, ossia "suggestivamente" inquadrato in un particolare contesto, e tale per cui chi lo riceve può essere fuorviato nelle sue scelte di investimento[797]. Una verifica di questo tipo, all'evidenza assai complessa, è totalmente pretermessa dai giudici; ma abbiamo pochi dubbi che, qualora fosse stata condotta, difficilmente avrebbe portato ad un riscontro positivo. Accogliendo una prospettiva tutta "normativa" (la stessa suggerita dal pubblico ministero), schiacciata in particolare sulla verifica della contrarietà delle condotte tenute dagli analisti alla disciplina regolamentare europea, la Corte è peraltro costretta comunque a dichiarare l'irrilevanza penale delle condotte di *outlook e creditwatch*, dal momento che la disciplina regolamentare europea espressamente dedicata alle *prospettive* di *rating* risale ad un'epoca successiva a quella dei fatti (essendo stata introdotta, come abbiamo visto sopra, solo con il *Regolamento UE* dal 2013).

In riferimento alle condotte di emissione del vero e proprio *rating* (il doppio declassamento del dicembre 2012 contenuto in due comunicati, ossia nel c.d. "*Research*

---

[795] Vale a dire il taglio dell'*outlook* del debito sovrano italiano da "stabile" a "negativo" del 20 maggio 2011, della successiva nota di commento alla manovra finanziaria del 1 luglio 2011, nonché del *creditwatch* "negativo" del 5 dicembre 2011.

[796] Su come la distinzione *tipologica* tra manipolazione informativa e manipolazione operativa – mantenuta anche dalla normativa europea, v. l'allegato I al *Regolamento* (UE) n. 596, del 16 aprile 2014 e l'art. 12, par. 3 cui l'allegato fa rinvio – sia «più segno di una deferenza alla tradizione che strumento dotato di reale portata euristica: ciò che importa è la componente disinformativa della condotta manipolativa, patologica in quanto diffusiva di segnali decettivi e fuorvianti per il pubblico degli investitori», F. CONSULICH, *Manipolazione dei mercati e diritto eurounitario*, cit., 210.

[797] Ci pare il caso di ricordare come l'estromissione, ad opera della riforma del 2002, del riferimento alle notizie "esagerate" o "tendenziose" dall'art. 2637 c.c. e dall'art. 185 t.u.f. non corrisponde ad una depenalizzazione, ma piuttosto ad un'operazione di "pulitura" del testo di legge da qualificazioni sovrabbondanti rispetto alla *falsità* dell'informazione diffusa (cfr. S. SEMINARA, *L'aggiotaggio (art. 2637 c.c.*), in A. Giarda–S. Seminara (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e* processo, Padova, 2002, 555; F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato*, cit., 194, nota 13). Nel senso, invece, che la mancata inserzione dei due aggettivi nell'art. 2637 c.c. implichi una riduzione dell'ambito del penalmente rilevante F. MUCCIARELLI, *Aggiotaggio*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 425 e E. AMATI, *La manipolazione del mercat: il reato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1060 ss.. I giudici della sentenza S&P accolgono sembrano invece aderire ad un'altra opinione (ad es. G.G. SANDRELLI, *I reati di* market abuse, in *Resp. amm. soc. ent.*, 2, 2006), in base alla quale la diffusione notizie esagerate e tendenziose, fuoriuscita dalla manipolazione informativa, debba essere fatta rientrare nella manipolazione (operativa) "mediante altri artifici".

Update" e nel "*media release*" indirizzato al MEF), diviene evidente lo sforzo dei giudici di merito nell'individuare (almeno) un contenuto di illiceità *oggettiva* dell'attività dell'agenzia; sforzo che è tuttavia frustrato di fronte alle troppo evidenti carenze emerse nella prova dell'elemento soggettivo. Risulta infatti sin troppo palese il ricorso a semplificazioni argomentative nella parte dedicata all'individuazione di una condotta manipolativa. Salta in particolare all'occhio l'assenza di qualsiasi approfondimento di natura tecnica relativo alla *concreta idoneità* delle condotte contestate (in particolare, quelle ricondotte alla *species* delle "notizie false") ad alterare *sensibilmente* il prezzo degli strumenti finanziari, requisito che viene ricavato, in via pressoché automatica, dalla constatazione dell'impatto sui mercati riconosciuto in *via generale* all'attività di *rating.* L'accertamento del più pregnante tra gli elementi *tipici* del reato di manipolazione del mercato è in particolare affidato non ad un giudizio di *prognosi postuma* relativo all'idoneità alterativa della condotta sulla situazione di mercato interessata in concreto dalla turbativa (e neppure per mezzo del riferimento, comunque inevitabile, all'*effettiva reazione* del mercato[798]), bensì ad una generica valutazione di affidamento degli investitori sul *rating*, ricavata in particolare da quel *Considerando* n. 1 del *Regolamento* (CE) n. 1060/2009 che abbiamo richiamato più sopra[799] e dalla considerazione del suo effetto "prociclico" potenziale[800].

Ne risulta che l'illeceità del *rating* sia interamente dedotta dal carattere di *falsità* dell'informazione riguardante in particolare «*l'elevata titolarità estera del debito pubblico e di quello del settore finanziario*» dell'Italia, indicata dagli analisti di *S&P* tra i fattori posti alla base del doppio declassamento; falsità che, invero, neppure è stata accertata in giudizio. Non è certo questa la sede per verificare le condizioni del sistema bancario italiano all'epoca del doppio *downgrade* e, quindi, per confermare o meno l'esattezza dell'affermazione di S&P. È però possibile segnalare come il tema, peraltro ampiamente affrontato dai consulenti tecnici della difesa, sia stato liquidato nella sentenza in maniera piuttosto sbrigativa come «fatto nella sua materialità acclarato»[801], in quanto tale non bisognoso di ulteriori approfondimenti tecnici per mezzo dell'ausilio di economisti nominati dal Tribunale.

Giunti quindi ad affermare, attraverso una serie di peripezie argomentative, la diffusione di una notizia palesemente falsa e dannosa, i giudici hanno dovuto tuttavia concludere che gli elementi raccolti dall'accusa non consentivano di «affermare con

---

[798] Benché la manipolazione del mercato sia costruita come un reato a condotta pericolosa, con la conseguenza che il giudizio sul pericolo dovrebbe compiersi esclusivamente *ex ante*, attraverso un giudizio di prognosi postuma, nella realtà processuale l'accertamento della pericolosità difficilmente riesce a svincolarsi dal riscontro di un'oggettiva variazione dei prezzi. v. ad. S. SEMINARA, *La tutela del mercato finanziario*, in C. Pedrazzi–A. Alessandri–L. Foffani–S. Seminara–G. Spagnolo (a cura di), *Manuale di diritto penale dell'impresa*, II, 1999, 558.

[799] Cfr. Trib. Trani, sent. 30 marzo 2017, cit., 66.

[800] Con tale espressione si fa riferimento espressione si fa riferimento al fatto che il *rating* è «un'informazione che, una volta divulgata, è suscettibile di incidere sul valore del *suo* oggetto [...] e, in particolare, il *downgrade* induce, talvolta costringe, gli intermediari che hanno tali obbligazioni nel loro portafoglio a disfarsene per rispettare i criteri di vigilanza prudenziale con ciò innescando una spirale perversa al ribasso». Cfr. G. PRESTI, *op. cit.*, 849. V. in proposito anche I. MERENDA, *op. cit.*, 11.

[801] Trib. Trani, sent. 30 marzo 2017, cit., 257 e 254.

certezza la sussistenza del dolo richiesto dalla norma incriminatrice»[802], da cui l'assoluzione perché il fatto non costituisce reato. La sentenza ritiene, infatti, che non sia stato pienamente «accertato se il riferimento sicuramente falso all'ammontare del debito netto bancario estero sia stato inserito nel primo *Research Update* e nel *media release* comunicato al MEF e, successivamente, ai mercati per mera negligenza e quindi per colpa o con la coscienza e volontà di diffondere al mercato una notizia falsa unitamente alla consapevolezza dell'idoneità di tale condotta a cagionare "una sensibile alterazione" dei prezzi degli strumenti finanziari»[803].

Nel giungere a questa – dal nostro punto di vista, corretta e rigorosa conclusione – la sentenza si lascia andare ad una serie di giudizi critici, ora alludendo all'assenza di «*capability*» [804] degli analisti del debito sovrano italiano, ora sottolineando l'inadeguatezza del contesto professionale di riferimento; cosicché, se un messaggio si volesse estrapolare da questa pronuncia, sarebbe certamente quello di *diffidenza* verso i pareri emessi da queste agenzie, del tutto incapaci di «*garantire l'emissione di rating indipendenti, oggettivi e di qualità adeguata*»[805].

3.3. Considerazioni (non conclusive) sull'intervento penale in materia economica nel post-crisi, alla luce dei modelli "di crisi"

Vediamo dunque come il modello di *lotta*, naturalmente candidato a spiegare l'andamento *congiunturale* e *fenomenico* del diritto penale europeo nel *post*-crisi, non entri in realtà in gioco nella materia degli abusi di mercato che possano essere commessi nell'esercizio dell'attività di *rating*.

Con ciò non neghiamo che il *modello* possa offrire valide chiavi di lettura di altre esperienze del diritto penale *congiunturale* di crisi. Dobbiamo in particolare rammentare le esperienze, legislative e giurisprudenziali, già trattate nel *Capitolo III*, *sez. III* di questo lavoro, in materia di *lotta* all'accumulazione dei capitali illeciti per mezzo degli strumenti patrimoniali penali; *lotta* che, come abbiamo visto, si fa particolarmente incisiva nella materia tributaria.

Il settore delle frodi tributarie che ledono gli interessi finanziari dell'Unione appare come uno dei più esposti alle derive *militanti* della giurisprudenza, in particolare sovranazionale, impegnata nel raggiungimento gli *scopi* (di *lotta* alle frodi) veicolati dai Trattati e dalle Direttive in materia (da ultimo, dalla *Direttiva PIF* del 5 luglio 2017, del 5 luglio 2017[806], significativamente intitolata alla «*lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale*»). La dottrina ha messo bene in evidenza come l'idea di *lotta*, in questo settore, sia assolutamente preponderante e si riversi in una politica-criminale quotidianamente attuata dai giudici, nazionali e

[802] *Ivi,* 327.
[803] *Ibidem.*
[804] *Ivi,* 329.
[805] *Ibidem.*
[806] Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del consiglio del 5 luglio 2017, *Relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale.*

sovranazionali; l'esempio più lampante di questa politica criminale realizzata per mano giudiziaria è dato dalle sentenze della Corte di Giustizia sull'*affaire* "*Taricco*", dove l'affermazione dell'obbligo per il giudice nazionale di *disapplicare* la disciplina italiana in materia di interruzione della *prescrizione* – e di tutelare gli interessi finanziari *europei* in maniera non meno incisiva di quanto si faccia con gli interessi finanziari nazionali – appare direttamente derivata dallo *scopo*, assunto dal giudicante, di *combattere* il fenomeno delle frodi comunitarie[807].

Non escludiamo peraltro che il contesto di crisi economica possa aver avuto una qualche influenza nell'affermazione di orientamenti *militanti* di questo genere, in funzione di rafforzamento di un'istituzione – l'Unione europea – che l'irrompere della crisi economica ha profondamente indebolito; anzi, ci pare proprio che il *contesto* di crisi possa avere incentivato l'utilizzo *muscolare* di una potestà *punitiva* per sua natura capace di addensare *consenso*, veicolare *fiducia*, indurre *rispetto*, forgiare *identità*, e per queste sue capacità sempre soggetta ad un utilizzo strumentale, di tipo essenzialmente *politico*.

Ciò detto, anche alla luce delle altre esperienze analizzate in questa sezione, emergono tutti i limiti di un'analisi che voglia costringere la spiegazione dell'andamento del diritto penale congiunturale di *crisi* entro modelli preconfezionati. I modelli che abbiamo individuato non consentono infatti di esaurire il nostro tentativo di interpretare il complesso intreccio che lega la dimensione punitiva-penale e il contesto di crisi economica; cionondimeno, da un lato tali essi ci hanno permesso di illustrare, ancora una volta, l'esistenza di questo *intreccio*, offrendo conferma della nostra ipotesi di studio, dall'altro hanno stimolato dei percorsi di analisi che forse, senza avere questi modelli a riferimento, non avremmo battuto e che invece ben illustrano la portata delle questioni – teoriche e pratico-applicative – che la crisi economica mette sul tavolo.

[807] Cfr. *supra*, sez. I, par. 3.1.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *La crisi del diritto,* Cedam, Padova, 1953.

AGAMBEN G., *Stato di eccezione,* Bollati Boringhieri editore, Torino, 2003.

AINSLIE E. K., *Indicting Corporations Revisited: Lessons of the Arthur Andersen Prosecution*, 43 *Am. Crim. L. Rev.* (2006), 109 ss.

ALESSANDRI A., *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen*., III, Torino, 1989.

ALESSANDRI A., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Giuffré, Milano, 2103-2156.

ALESSANDRI A., *Delitti e pene nello scenario della crisi*, in L.A. Bianchi–F. Ghezzi–M. Notari (a cura di), *Diritto, mercato, etica*. *Dopo la crisi* (Omaggio a Piergaetano Marchetti), Università Bocconi Editore, Milano, 117-134.

ALESSANDRI A., *Diritto penale e attività economiche,* il Mulino, Bologna, 2010.

ALESSANDRI A., *Evoluzioni e prospettive del diritto penale economico*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2, 2014, 582 ss.;

ALESSANDRI A., *La falsità delle valutazioni di bilancio secondo le Sezioni Unite,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2016, 1479 ss.

ALESSANDRI A., *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, 10 ss.

ALEXANDER C.R.–COHEN M.A., *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements*, in 52 (3) *Am. Crim. L. R.* (2015)*,* 537 ss.

ALEXANDER C.R., *On the Nature of the Reputational Penalty for Corporate Crime: Evidence*, in 42 *J.L. & Econ.* (1999), 490 ss.

ALT-MAES F., *La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité?*, in *Rev. sc. crim.,* 2002, 501 ss.

AMALFITANO C*., Dal* ne bis in idem *internazionale al* ne bis in idem *europeo,* in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2002, 293 ss.

AMARELLI G., *Crisi di liquidità e omesso versamento di imposte: tra prova del dolo e tenuità del fatto si allargano gli spazi per la non punibilità,* in *Società,* 2015, 10, 1156 ss.

AMATI E., *La manipolazione del mercat: il reato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2007, 1060 ss.

AMBOS K., *El marco jurìdico de la justicia de transiciòn,* in K. Ambos–E. Malarino–G. Elsner (editores), *Justicia de Transiciòn,* Montevideo, 2009.

ANTONOPOULOU S., *The Hellenic tax criminal law – basic principles and targets*, in *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, 1307 ss.

ARCONZO G., *Il decreto legge "*ad Ilvam*" approda alla Corte costituzionale: osservazioni preliminari al giudizio di costituzionalità*, in *Dir. pen. cont – Riv. trim.*, 2013, 1, 48 ss.

ARCONZO G., *Note critiche sul "decreto legge* ad Ilvam*", tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in *Dir. pen. cont – Riv. trim.*, 2013, 1, 16 ss.

ARLEN J., *Removing Prosecutors from the Boardroom: Limiting Prosecutorial Discretion to Impose Structural Reforms*, in A.S. Barkow–R.E. Barkow (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York University Press, 2011, 62 ss.

ASHWORTH A., *Sentencing and Criminal Justice*, 5th ed. Cambridge, 2010.

BARATTA A., *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1989, 47).

BARATTA A., *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966.

BARBARA M. –MICAHEL Y., *Saving One's Home: Collateral Consequences For Innocent Family Members,* in 30 *N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change* (2006), 689 ss.

BARGI A. – CISTERNA A., *La giustizia patrimoniale penale*, Utet, Padova, 2011.

BARKOW R. E., *The Prosecutors as Regulatory Agency*, in A.S. Barkow–R.E. Barkow (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York University Press, 2011, 177 ss.

BARTOLI R., *Il diritto penale tra vendetta e riparazione,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1, 2016, 96 ss.

BAUMAN Z., *Dentro la globalizzazione,* XI ed., Laterza, Roma-Bari, 2008.

BAUMAN Z., *Modernità liquida*, (trad. it. 2002) Laterza, Roma-Bari, 2011.

BEAUVAIS P., *Méthode transactionnelle et justice pénale*, in A. Gaudemet (dir.), *La compliance: un monde nouveau ?*, Paris, 2016, 81 ss.

BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, a cura di G. Pisapia, Milano, 1973.

BECK U., *La società del rischio. Verso una seconda modernità,* Carocci Editore, Roma, 2005.

BELL C., *Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the "Field"or "Non-Field",* in *International Journal of Transitional Justice,* 2009, 27 ss.

BENAICHE L.–ROMANET L., *Les lanceurs d'alerte, auxiliaires de justice, ou gardiens du silence? L'alerte éthique en droit français*, Paris, 2014.

BENE T., *Dallo spossessamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica*, in *Arch. Pen.*, *Speciale Riforme* 2018, 383 ss.

BERNARDI A. (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene editore, Napoli, 2017.

BERNARDI A.– CUPELLI C. (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte Costituzionale,* Napoli, 2017

BERTOLDI M., *Risposta alla crisi e riforme: la politica economica di Barak Obama,* in *Stato e Mercato,* 1, 2011, 95 ss.

BETTIOL G., *Diritto penale,* Cedam, Padova, 1986, 489 ss. e in part. 493, nota 401.

BETTIOL G., *Non esigibilità e collaborazionismo,* in *Giur. it.,* 1946, II, 121 ss.

BIFULCO R.– ROSSELLI O. (a cura di), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazioe del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e spvranità nazionale*, Giappichelli, Torino, 2013.

BIN R., *Diritti e argomenti*. *Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992,

BIN R., *L'Ilva e il soldato Baldini*, in *Dir. pen. cont – Riv. trim.*, 2013, 5 ss.

BITHELI N. CHR. –BITHELI M. CHR., *An evaluation of the Penal Law Act No. 1882/1990 considering un-paid debts to the state, during a period of economic recession*, in *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, 2017,115 ss.

BOMBA F., *La riforma del delitto di usura e questioni di diritto intertemporale*, in *Arch. Pen.*, 3, 2012.

BONGER W.A., *Criminalité et conditions économiques,* G.P. Tiercé, Amsterdam, 1905.

BORSARI R.–SAMMICHELI L., *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nel reato economico. Note introduttive per una linea di ricerca,* in R. BORSARI–L.SAMMICHELI–C.SARRA, Homo Oeconomicus. *Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, Padova University Press, Padova, 2015, 12 ss.

BORSARI R., *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite*, in *Le società*, 2014, 867 ss.

BOURGOIN N., *Mouvements économiques et criminalité: quelques pistes de réflexion,* in *Champ pénal/Penal field* [En ligne], Vol. VI, 24 octobre 2009).

BOURSIER M. E., *La mondialisation du droit pénal économique. Le droit pénal au défi de la compliance,* in *Rev. sc. crim.,* 2017, 3, 465 ss.

BREEN F., *La peine de mise en conformité dans le Projet de loi Sapin II: l'habit est beau, mais il a été mis à l'envers*, in *JCP*, 23 giugno 2016.

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale, nozione e aspetti*, Giuffré, Milano, 1965.

BROWN T.R., *Nobody Goes to Jail: The Economics of Criminal Law, Security Fraud, and the 2008 Recession,* in 41 *Criminal And Civil Confinement* (2015), 343 ss.

CALAMANDREI P., *Il giudice e lo storico,* in *Riv. it. dir. proc. civ.,* 1939, 105 ss.

CAPPITELLI R., *Stato di necessità e pericolo di danno grave alla persona*, in *Cass. Pen.,* 2018, 245 ss.

CAPUTO M., *Il diritto penale e il problema del patteggiamento,* Jovene, Napoli, 2009

CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo,* X ed., Dike giuridica, Roma, 2016.

CARNELUTTI F., *La morte del diritto,* in AA. VV., *La crisi del diritto*, Cedam, Padova, 1953177 ss.

CARRIERO G., *Previsioni, opinioni, certezze: le agenzie di rating*, in *Europa e dir. priv.,* 2012, 3, 873 ss.

CASSESE S., *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

CAVALIERE A., *Diritto penale del nemico e di lotta: due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali,* in *Delitto politico e diritto penale del nemico,* il Mulino, Bologna, 2007, 265 ss.

CAVALIERE A.–LONGOBARDO C.–MASARONE V.–SCHIAFFO F.–SESSA A. (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Studi in Onore di Sergio Moccia*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2017.

CAVALLO P., *Una nuova disciplina per la repressione del fenomeno dell'usura*, in *Cass. pen.*, 1997, 3217 ss.

CENTONZE F., *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale,* Giuffré, Milano, 2004.

CESARINI-SFORZA W., *La crisi della legge,* in *I problemi attuali della filosofia del diritto. Atti del Convegno di studi tenuto a Roma nei giorni 3 e 4 ottobre 1953,* Milano, 1954.

CHECCACCI G., *I reati di condotta di omesso adempimento dell'obbligo tributario,* in A. Giovannini–A. Di Martino–E. Marzaduri (a cura di), *Trattato di diritto sanzionatorio tributario. Tomo I, Diritto penale e processuale,* 765 ss.

CHIARAVIGLIO G., *Omesso versamento IVA e crisi di liquidità, inesigibilità e procedure concorsuali*, in *Riv. Dott. Comm.*, 2, 2016, 332 ss.

CHIBELLI A., *La successione "mediata" delle norme penali e il delitto di usura: disorientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. pen. cont.– Riv. trim.*, 2017, 2, 109 ss.

CHIN G. J., *Collateral consequences of criminal conviction*, in 18 *Criminology, Criminal Justice, Law & Society* (2017), 1 ss.

CHUA E., *Deferred prosecution agreements in Singapore?*, 1 *Research Collection School Of Law*, 2018, 1 ss.

CLAUDE O., *Réflexions sur la première convention judiciaire d'intérêt public,* in *AJ pénal,* 2018, 32 ss.

COFFEE J. C., *Reforming the securities class actions: an essay on deterrence and its implementation, in 293 Columbia Law and Economics Working Paper (2006), 7 ss.*

COFFEE J.C, What *caused Enron? A Capsule Social and Economic History of the 1990s,* in *Cornell L.Rev.* (2004) 269 ss.

COFFEE J.C., *Understanding Enron: It's about the Gatekeepers, Stupid,* in *Bus. Law* (2002) 1401 ss.

COLACURCI M., *L'idoneità del modello nel sistema 231. Tra difficoltà operative e possibili correttivi,* in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.,* 2, 2016, 66 ss.

CONSULICH F.–MUCCIARELLI F., *Informazione e tutela penale dei mercati finanziari nello specchio della normativa eurounitaria sugli abusi di mercato*, in *Le Società*, 2016, 2, 42 ss.

CONSULICH F., *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Giuffré, Milano, 2010.

CONSULICH F., *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale. Il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 1-2, 55 ss.

CONSULICH F., *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale. Il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 1-2, 55 ss.

CONSULICH F., *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti,* Giappichelli, Torino, 2018.

CONSULICH F., *Manipolazione dei mercati e diritto eurounitario*, *Le Società*, 2016, 2*,* 65 ss.

CORBETTA S., *Il "disastro innominato"*: una fattispecie "liquida" in bilico tra vincoli costituzionali ed esigenze repressive, in *Criminalia*, 2014, 291 ss.

CORNACCHIA L., *Vittime e giustizia criminale,* in *Riv. it. dir e proc. Pen.,* 4, 2013, 1760 ss.

COSTI M.-FRONZA E., *Il diritto penale internazionale: nascita ed evoluzione,* in *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, 2016.

CUNNINGHAM L. A., *Deferred Prosecutions and Corporate Governance: An Integrated Approach to Investigation and Reform*, in 66 *Fla. L. Rev.* (2014), 1 ss.

CUOMO L.–MOLINO P., *Omesso versamento di imposte e crisi di impresa,* in *Cass. pen.,* 2, 2015, 412 ss.

D'ALESSANDRO F., *Il delitto di autoriciclaggio (art. 648-ter.1 c.p.) ovvero degli enigmi legislativi riservati a solutori "più che abili"*, in G.M. Baccari–K. La Regina–E.M. Mancuso (a cura di) *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, Cedam, 2015, 3 ss.

D'ALESSANDRO F., *Regolatori del mercato,* enforcement e *sistema penale*, Giappichelli, Torino, 2014.

DAMAŠKA M. R., *Adverse Legal Consequences of Conviction and Their Removal: A Comparative Study*, in 59 *J. Crim. L. Criminology & Police Sci.* (1968), 347 ss.

DAMAŠKA M. R., *L'incerta identità delle Corti penali internazionali,* in *Criminalia,* 2006, 9 ss.

DAMAŠKA M. R., *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo* (1986), tr. it. di A. Giussani – F. Rota, Bologna, 1991 (con *Introduzione* di M. TARUFFO).

DANET J. , *La justice pénale entre rituel et management*, PUR, Rennes, 2010.

DARAIO G., *Il "principio riparativo" quale paradigma di gestione del conflitto generato dal reato: applicazioni e prospettive*, in *Dir. pen. e proc.,* 2013, 3, 357 ss.

DE FLAMMINEIS S., *La mappatura del rischio da reato nel commissariamento e nell'amministrazione giudiziaria tra attualità e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 23 giugno 2015.

DE FRANCESCO G. V., *La proporzione nello stato di necessità,* Jovene, Napoli, 1978,

DE FRANCESCO G., *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, Torino, 2011.

DE FRANCESCO G., *Interessi collettivi e tutela penale. «Funzioni» e programmi di disciplina dell'attuale complessità sociale,* in E. Dolcini–C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di G. Marinucci,* Giuffré, Milano, 2006, 929 ss.

DE FRANCESCO G., *Programmi di tutela e ruolo dell'intervento penale*, Giappichelli, Torino, 2004.

DE FRANCESCO G., *Punibilità*, Giappichelli, Torino, 2016.

DE FRANCESCO G., *Sulle scriminanti*, in *Studium iuris*, 2000.

DE KERCHOVE M., *Quand dire c'est punir: essai sur le jugement pénale,* Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2005.

DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società,* Giuffré, Milano, 2002.

DE QUENAUDON R.–MARTIN CHENUT K., *La RSE saisi par le droit,* Pedone, Paris, 2016.

DE SANTIS G., *Le aporie del sistema di prevenzione patrimoniale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2016, 109 ss.

DEGUERGUE M., *Intérêt général et intérêt public: tentative de distinction,* in *L'intérêt général, Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Paris, 2015, 138 ss.

DELITALA G., *I reati concernenti le società di commercio e la legge Rocco del 1930,* in *Riv. dir. comm.* 1931, ora in *Diritto penale, Raccolta degli scritti,* II, 1976, 791 ss.

DELL'OSSO A *Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2015, 2, 796 ss.

DELL'OSSO A., *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale,* Giappichelli, Torino, 2018.

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. Econ.,* 2014, 401 ss.

DELMAS MARTY M., *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation,* Seuil, Paris, 2016.

DELMAS-MARTY M., *La refondation des pouvoirs. Les Forces imaginantes du droit*, 3, Seuil, Paris, 2009.

DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme,* P.U.F, Paris, 1986.

DELMAS-MARTY M., *Le pluralisme ordonné*. *Les Forces imaginantes du droit,* 2, Seuil, Paris, 2006.

DEMURO G.P., *Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2013, 2, 1681 ss.

DEZEUZE E.–M. PELLEGRIN., *Extension du domaine de la transaction pénale: la convention judiciaire d'intérêt public. À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016,* in *JCP*, 16 gennaio 2017, 3, 64 ss.

DI GERONIMO P., *Responsabilità da reato degli enti: l'adozione di modelli organizzativi* post factum *ed il commissariamento giudiziale nell'ambito delle dinamiche cautelari,* in *Cass. pen.,* 2004, 265 ss.

DIMARELLIS K., *Employer's criminal liability due to inconsistency in paying social security contributions during a financial crisis period*, in *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, 2017, 239 ss.

DI MARTINO A., *Caporalato e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2015, 106 ss.

DÌEZ RIPOLLÈS J. L., *Il diritto penale simbolico e gli effetti della pena*, trad. it. di A. Menghini, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo, L'analisi critica della Scuola di Francoforte* (*Atti del Convegno di Toledo,* 13-15 novembre 2000), Giuffré, Milano, 2004, 149-182.

DONINI M., Compliance, *negozialità e riparazione dell'offesa nei reati economici. Il delitto riparato oltre la* restorative justice*,* in AA.VV. *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini,* Tomo I, Milano, Giuffré, 2018, 579-607.

DONINI M., *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie i bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2, 2016, 709 ss.

DONINI M., *Diritto penale di lotta* vs. *Diritto penale del nemico,* in A. Gamberini–R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico,* il Mulino, Bologna, 2007, 131 ss.

DONINI M., *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, 55 ss.

DONINI M., *Le sentenze Taricco come giurisprudenza di lotta. Tra disapplicazioni "punitive" della prescrizione e stupefacenti amnesie tributarie*", in *Dir. pen. cont.,* 3 aprile 2018.

DONINI M., *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2013, 1162 ss.

DONINI M., *Un nuovo Medioevo penale? Vecchio e nuovo nell'espansione del diritto penale economico*, in *Cass. pen.,* 2003, 1808-1822.

DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, il Mulino, Bologna, 2010.

ELLIS N. S.–DOW S. B. –SAFAVIAN D., *Use of Firrea to impose liability in the wake of the global financial crisis: a new weapon in the arsenal to prevent financial fraud*, in 18 *U. Penn. J. Bu. L.* (2015), 119 ss.;

ENGISCH K., *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it. a cura di A. Baratta e F. Giuffrida Rapaci, Milano, 1970.

FANTETTI F.R., *Basilea III e la stabilità del sistema finanziario internazionale,* in *Resp. civ*., 2011, 4 ss.

FANTETTI F.R., *Titoli Lehman Brothers e responsabilità della banca*, *Resp. civ.,* 2010, 4 ss.

FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale,* Laterza, Roma-Bari, 2011, 845 ss.

FERRARA R.C. –KHINDA P.S., *SEC Enforcement Proceedings: Strategic Considerations for When the Agency Comes Calling*, in 51 *Admin. L. Rev.*, 1999, 1186 ss.

FERRARESE M.R., *Il diritto europeo nella globalizzazione: fra terra e mare*, in *Quaderni Fiorentini*, 31, 2002, Tomo I, 11 ss.

FIANDACA G.–MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale,* VI ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2010.

FIANDACA G., *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione,* in *Criminalia,* 2017, 41 ss.

FIANDACA G., *Le misure patrimoniali nelle fonti internazionali ed europee ed il sistema penale italiano*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, Giuffré, 2016, 11 ss.

FIANDACA G., *Misure di prevenzione (profili sostanziali),* in *Dig. disc. pen*., VII, 1994, 113 ss.

FIANDACA G., *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*, in *Foro it.*, 1992, 2023 ss.

FIANDACA G., *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2014, 95 ss.

FIANDACA G., *Prima lezione di diritto penale,* Laterza, Bari-Roma, 2017.

FIDELBO G., *Enti pubblici e responsabilità da reato,* in *Cass. pen.,* 12, 2010, 4079 ss.

FIDELBO G., *Misure cautelari nei confronti delle società: primi problemi applicativi in materia di tipologie delle «sanzioni» e limiti all'operatività del commissario giudiziale,* in *Cass. pen.,* 2004, 276 ss.

FIDELBO G., *Misure cautelari,* in G. Lattanzi (a cura di), G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffré, Milano, 2010, 562 ss.

FIORE C.–FIORE S., *Diritto penale. Parte generale,* vol. I, Torino, 2013.

FIRST H., *Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions*, 89 *N.C. L. Rev*. (2010), 45 ss.

FISHER Q.C.–CREGAN C.–DI GIULIO J.–SCHUTZE J., *Economic crime and the global financial crisis*, in *Law and Financial Markets Review,* July 2011, 276 ss.

FISHER W.–BLOTTIAUX M.–DANIEL S.–OLIVEIRA H., *The global financial crisis: the case for a stronger criminal response*, in *Law and Financial Markets Review,* May 2013, 159-166.

FISSE B.–BRAITHWAITE J., *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge, 1993.

FLETCHER G. P., *Disenfranchisement as Punishment: Reflections on the Racial Uses of Infamia,* in 46 *Ucla L. Rev.* (1999), 1897 ss.

FLETCHER G. P., *The individualisation of excusing conditions,* in *S. Cal. L. Rev.* (1973-1974), 1269 ss.

FLICK G. M., *Reati fiscali, principio di legalità e* ne bis in idem: *variazioni italiane su un tema europeo,* in *Dir. pen. cont.,* 14 settembre 2014.

FLICK G.M., *Globalizzazione dei mercati e globalizzazione della giustizia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 591-607.

FLICK M., *Dall'andante con moto all'adagio ma non troppo e viceversa. Variazioni sul tema del diritto penale dell'economia*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 4, 424 ss.

FLORA G., *Crisi di "liquidità" ed omesso versamento, di ritenute e di I.V.A.: una questione davvero chiusa?,* in *Rass. Trib.,* 2014, 4, 906 ss.

FLORA G., *Le recenti modifiche in materia penale tributaria: nuove sperimentazioni del "diritto penale del nemico"?,* in *Dir. e proc. pen.,* 2012, 15 ss.

FOFFANI L., *Crisi finanziaria e intervento penale,* in *Scritti in onore di Luigi Stortoni,* Bononia University Press, Bologna, 2016, 547 ss.

FOFFANI L., *Economia e diritto penale nel tempo della crisi: una* "nouvelle vague" dell'intervento giudiziario?, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2014, 754 ss.

FOFFANI L.*, Economia e diritto penale nel tempo della crisi: una "*nouvelle vague*" dell'intervento giudiziario?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 754 ss.

FOFFANI L., *Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato,* in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.,* 2014, 3-4, 66 ss.

FOFFANI L., *Una «nouvelle vague» del diritto penale dell'economia in Italia?*. Introduzione all'opera L.FOFFANI-D. CASTRONUOVO, *Casi di diritto penale dell'economia,* il Mulino, Bologna, 2015.

FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno,* Cedam, Padova, 1997.

FORNARI L., voce *Confisca* (dir. pen.), in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. II, Milano, 2006, 1250 ss.

FORNASARI G., *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013.

FORNASARI G., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale,* Padova, 1990.

FORNASARI G., voce *Giustizia di transizione (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, 547.

FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale,* Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000.

FORZATI F., *Irrilevanza penale del disastro ambientale, regime derogatorio dei diritti e legislazione emergenziale: i casi Eternit, Ilva ed emergenza rifiuti in Campania. Lo stato d'eccezione oltre lo stato di diritto,* in *Dir. pen. cont.*,11 marzo 2015.

FOSTER S. E., *Too big to prosecute: collateral consequences, systemic institutions and the rule of law,* in 34 *Review Of Banking & Financial Law* (2014–2015), 663–664.

FRONZA E., *Le sanzioni* in AA. VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, 254.

FUSARO D., *Il tempo dei concetti. La riflessione filosofica di Reinhart Koselleck*, in *Giornale Critico di Storia delle Idee* – 8/2012, 67.

GALANTINI N., *Il principio del "ne bis in idem internazionale" nel processo penale*, Giuffré, Milano, 1984.

GALLI M., *Dentro il castello dei destini incrociati. La responsabilità dell'ente da autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2016, 1-2, 100 ss.

GALLI M., *Une justice pénale propre aux personnes morales. Réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public,* in *Rev. sc. crim.,* 2018, 2, 359 ss.

GALLO Z., *The penal implications of austerity: Italian punishment in the wake of the Eurozone crisis*, in *European Journal of Criminology* (published *online* May 7, 2018).

GAMBINO S. (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2015.

GARAPON A.–J. ALLARD, *La mondializzazione dei giudici. Nuova rivoluzione del diritto,* Macerata, Liberilibri, 2006.

GARAPON A., *Lo stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia,* trad. it. di R. Sabato, Raffaello Cortina ed., Milano, 2012.

GARAPON.A.–SERVAN-SCHREIBER P., *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée,* P.U.F., Paris, 2013.

GARGANI A., *Il controverso tema delle modifiche mediate della fattispecie incriminatrice al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2008, 2698 ss.

GARGANI A., *Le plurime figure di disastro: modelli e involuzioni,* in *Cass. pen.*, 7-8, 2016, 2705 ss.

GARLAND D., *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo* (2001)*,* Il Saggiatore, Milano, 2007.

GAROFOLI R.– PAPAGNO C., *L'accertamento della responsabilità,* in A. Gaito (a cura di), *La prova penale*, Giappichelli, Torino, 2011.

GAROFOLI R., *Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014,* in *Dir. pen. cont.,* 30 settembre 2015.

GARRET B.L., *Structural Reform Prosecution,* 93 *Va. L. Rev.* (2007), 853 ss.

GARRET B.L., *Too big to jail, How Prosecutors Compromise with Corporations*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

GARRETT B. L., *The constitutional standing of corporations*, in 16 *Un. Pen. L. Rev.* (2014), 112.

GARRETT B. L., *The rise of bank prosecution,* in *The Yale Law Journal Forum* (May 23, 2016), 34 ss.

GASPARRI W.–CARRÀ M., *Elementi di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017.

GATTA G. L., Abolitio criminis *e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Giuffré, Milano 2008.

GATTA G.L., *Abolitio criminis* e successione di norme integratrici: teoria e prassi, cit., 757.

GAUTRON V.– RETIÈRE J.N. *, Le traitement pénal aujourd'hui: juger ou gérer* ?, in *Droit et société*, 2014, 3, 579 ss.

GHRÉNASSIA C.–SACCHI E., *La convenzione giudiziaria di interesse pubblico* (CJIP): *aspettando la transazione penale,* in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2018.

GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione,* Milano, 1939; Id., *Diritto amministrativo,* Milano, 1993, III.

GINEVRI A.S., *Le società di rating nel regolamento CE n. 1060/2009: profili organizzativi dell'attività,* in *Nuove Leggi Civ. Comm.,* 2010, 2 ss.

GIUDICELLI-DELAGE G. –S. MANACORDA (dir.), *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, Paris, 2013.

GIUDICELLI-DELAGE G., *La responsabilité des personnes morales en France,* in D. BREILLAT-A. GIUDICELLI-R.N. SCHÜTZ, *Aspects nouveaux du droit de la responsabilité aux Pays-Bas et en France*, Poitiers, 193 ss.

GIUDICELLI-DELAGE G., nelle *Conclusions* contenute in G. GIUDICELLI-DELAGE– S. MANACORDA, *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales,* Societé de législation comparée, Paris, 2013.

GOBERT J., *Corporate Criminality: four model of fault*, in *Legal Studies*, 1994, 407 ss.

GOLDBERG J.C.P.–SEBOK A. J.–ZIPURSKY B.C., *The Place of Reliance in Fraud.* 48 Ariz. L.Rev. (2006), 1001 ss.

GOLUMBIC C.E.–LICHY A.D., *The "Too Big to Jail" Effect and the Impact on the Justice Department's Corporate Charging Policy*, in 65 *Hastings L.J.* (2014),1322 ss.

GREADY P., *Culture, Testimony and the Toolbox of Transitional Justice,* in *A journal of Social Justice*, vol. 20, 1, 41 ss.;

GREEN B. A., *After the fall: The Criminal Law Enforcement Response to the S&L Crisis,* 59 *Fordham L. Rev.* (1991), 155 ss.

GREENBLUM B. M., *What Happens to a Prosecution Deferred – Judicial Oversight of Corporate Deferred Prosecution Agreements,* 105 *Colum. L. Rev.* (2005), 1886 ss.

GRIFFIN L. K., *Compelled Cooperation and the New Corporate Criminal Procedure*, 82 *N.Y.U. L. Rev.* (2007), 311 ss.

GRIFFIN L. K., *Inside-Out Enforcement*, in A.S. Barkow–R.E. Barkow (eds.), *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, New York University Press, 2011, 110 ss.

GROSSI P., *La crisi del diritto oggi?,* in *Introduzione al Novecento giuridico,* Roma-Bari, Laterza, 2012.

GROSSI P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Giuffré, Milano, 2000.

GROSSI P., *Verso il domani. La difficile strada della transizione,* in R. Kostoris (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità,* il Mulino, Bologna, 2017, 25 ss.

GULLO A., *Autoriciclaggio e reati tributari*, in *Dir. pen. cont.*, 13 marzo 2018.

GULLO A., *Autoriciclaggio, voce per Il libro dell'anno del diritto Treccani 2016*, in *Dir. pen. cont*., 21 dicembre 2015.

GUNNLAUSSON H., *Economic crisis, explainations, and impact on crime. The case of Iceland,* in *Criminology in Europe*, 3, 2012, 4 ss.

HART H.L.A., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964.

HASSEMER W., *La prevenzione nel diritto penale,* in *Dei delitti e delle pene,* 1986, 417-452.

HASSEMER W., *Sicurezza mediante diritto penale,* in *Crit. dir.,* 2008, 15 ss.;

HENNING P. J., *Making Sure "The Buck Stops Here": Barring Executives for Corporate Violations,* in 91 *U. Chi. Legal F.* (2012), 91-128.

HENNING P. J., *Prior Good Works in the Age of Reasonableness,* in 20 *Fed. Sent'g Rep*. (2008), 187 ss.

HENNING P.J., *The Organizational Guidelines: R.I.P.?*, 116 *Yale L. J. Pocket Part* (2007), 312-316.

HIRSCH G., *Verso uno stato dei giudici? A proposito del rapporto tra giudice e legislatore nell'attuale momento storico*, in *Criminali*, 2007, 107 ss.

HOBSBAWM E., *Il secolo breve. 1914-1991: l'era dei grandi cataclismi,* trad. it. a cura di B. Lotti, Rizzoli, Milano, 2007.

HORWITZ M. J., *Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory*, 88 *W. VA. L. Rev.* (1985), 173 ss.

HUSSERL G., *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Giuffré, Milano, 1988.

IACOVIELLO M., *La responsabilità degli amministratori nella formazione dei fondi occulti*, in *Cass. pen*., 1995, 3561 ss.

INGRASSIA A., *Parzialmente incostituzionale il delitto di omesso versamento dell'Iva: un'incriminazione da ripensare?,* in *Società,* 2014, 12, 1390 ss.

INGRASSIA A., *Ragione fiscale vs. illecito penale personale. Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. n. 158/2015,* Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2016.

IRTI N., *La crisi della fattispecie,* in *Riv. dir. proc.,* 2014, 1, 36 ss.

IRTI N., *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

IRTI N., *S-confinatezzza,* in E. Dolcini–C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci, vol. III, Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale. Diritto processuale penale. Diritto, storia e società*, Giuffrè, Milano, 2006, 2925 ss.

IRTI N., *Un diritto incalcolabile,* Giappichelli, Torino, 2016.

JAKOBS G., *Diritto penale del nemico* (traduzione a cura di F. Resta dell'articolo *Derecho penale del ciudadano y derecho penal del enemigo,* pubblicato in G. JAKOBS–M. C. MELIÀ, *Derecho penale del enemigo, Cuadernos Civitas,* Madrid, 2003, 19-56), in M. Donini–M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale,* Milano, 2007, 5 ss.

JAKOBS G., *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità,* in A. Gamberini-R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del* nemico, il Mulino, Bologna, 2007, 120 ss.

KELLY J., *The Power of an Indictment and the Demise of Arthur Andersen*, 48 *S. Tex. L. Rev.* (2006), 509 ss.

KOSELLECK R., *Crisi. Per un lessico della modernità,* trad. it. a cura di G. Imbriano–S. Rodeschini, Ombrecorte, Verona, 2012.

KOSELLECK R., *Futuro passato: per una semantica dei tempi storici,* Bologna, 2007.

KOVRAS I. –MCDAID S. –HJALMARSSON R., *Truth Commissions after Economic Crises: Political Learning or Blame Game?*, in 66 (1) *Political Studies* 2018, 173 ss.

KREY V., *Financial Crisis and German Criminal Law. Responsibility of Managers for Highly-Speculative Trading with Obscure Asset-Backed Securities Based on American Subprime Mortgages,* in 49 *Rechtspolitisches Forum Legal Policy Forum* (2009), 5 ss.

LAFAVE W.– ISRAEL J.*, Criminal Procedure,* St. Paul, Minn., 1985.

LANGER M., *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, in 45 *Harv. Intl. L. J.* (2004), 1 ss.

LANZI A.–ALDROVANDI P., *Manuale di diritto penale tributario*, Cedam, Padova, 2014.

LARKIN P.J. –SEIBLER J.M., *All stick and no carrot: the yates memorandum and corporate criminal liability*, in 46 *Stetson L. Rev.*, 2016, 38 ss.

LE CANNU P., *Le sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale,* in *P.A.,*1993, n. 120, 16 ss.

LHUMANN N., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, Il Mulino, (Collezione di testi e di studi), 2001.

LOLLINI A. *Costituzionalismo e giustizia di transizione. Il ruolo costituente della Commissione sudafricana di verità e conciliazione,* il Mulino, Bologna, 2005.

LOLLINI A., *La giustizia di transizione: il principio del duty to prosecutecome una nuova variabile di eterodeterminazione dei processi costituenti?,* in G. GOZZI–F. MARTELLI, *Guerre e minoranze. Diritti delle minoranze, conflitti interetnici e giustizia internazionale nella transizione alla democrazia dell'Europa Centro-Orientale*, Bologna, Il Mulino, 2004, 323 ss.

LOSANO M.G., *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali,* in *Riv. int. fil. dir*., 2005, 403 ss.

LOVE M. C., *Collateral consequences after Padilla v. Kentucky: From punishment to regulation*, in 31 *St. Louis Univ. Pub. L. Rev.* (2011), 87 ss.

LUDERSSEN K., *Funzionalità dei mercati e diritto penale dell'economia. La "crisi finanziaria" apre nuove prospettive di criminalizzazione?,* in M. Donini–M. Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale,* Bologna, Bononia University Press, 2011, 289 ss.

LÜDERSSEN K., *La prospettiva della riparazione,* in ID., *Il declino del diritto penale,* ed. it. a cura di L. Eusebi, Giuffré, Milano, 2005.

LUHMANN N., *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano, 1996.

LUPÀRIA L., *Litispendenza internazionale e principio del "ne bis in idem",* Giuffré, Milano, 2008.

LY T., *Why FIRREA and Civil Enforcement Cannot Replace Individual Criminal Liability,* 51 *Wash. U. J. L. & Pol'y* (2016), 279 ss.

LYNCH J. P. –W.J. SABOL, *Assessing the Effects of Mass Incarceration on Informal Social Control in Communities,* in 3 *Criminology and Public Policy* (2004), 267–294.

MACCORMICK N., *Universalisation and Induction in Law,* in C. Faralli-E. Pattaro (eds.), *Reason in Law*, Milano, Giuffré, 1987, 100 ss.

MAIELLO V., *Clemenza e sistema penale*. *Amnistia e indulto dall'*indulgentia principis *all'*idea dello scopo, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2007.

MALLINDER V. L., *Amnesty, Human Rights and Political Transitions: Bridging the Peace and Justice Divide (Studies in International Law),* Hart Publishing (UK), Oxford, 2008.

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, n. 1-2, 49 ss.

MANACORDA S., *Le fonti del diritto penale nella costruzione di un pluralismo ordinato. A proposito dell'opera di Mireille Delmas-Marty*, in DELMAS-MARTY M., *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Giappichelli, Torino, 2004, 27 ss.

MANES V., *Il giudice nel labirinto*, *Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike giuridica Editore, Roma, 2012.

MANES V., *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 3, 1259 ss.

MANES V., *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali. Commento agli artt. 262, 2621-bis, 2621-ter, 2622 c.c.*, in AA.VV., *Codice delle s.p.a.*, diretto da G. Portale–P. Abbadessa, Milano, Giuffrè, 2016.

MANGIONE A., *La situazione spirituale della confisca di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2017, 614 ss.

MANNOZZI G., *La giustizia senza spada. Uno studio comparativo su giustizia riparativa e mediazione penale,* Giuffré, Milano, 2003.

MANTOVANI F., *Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1009 ss.

MANZIONE D., *Usura e mediazione creditizia*, Giuffré, Milano,1998 (con prefazione di T. PADOVANI).

MARINUCCI G., *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2011, 1, 1 ss.

MARINUCCI G.–DOLCINI E., *Diritto penale in trasformazione,* Milano, Giuffré, 1985.

MARINUCCI G.– DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffré, Milano, 2015.

MARKOFF G. B., *Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century,* in 15 *J. Bus. L.* (2013), 797 ss.

MARSHALL F., *The Evolution of Restorative Justice in Britain,* in 4 *European Journal on Criminal Policy Reasearch* (1996), 21 ss.

MARTIN A.N., *Gli abusi di mercato: un nuovo paradigma nel diritto penale economico europeo*, AA.VV., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni* (Atti del Convegno Courmayeur 25-26 settembre 2009)*,* Giuffré, Milano, 2010, 93 ss.

MARZADURI E., *Commento all'art. 530 c.p.p.,* in M. Chiavario (a cura di), *Commento al nuovo codice di procedura penale,* Torino, 1991

MASERA R., *La crisi globale: finanza, regolazione e supervisione alla luce del Rapporto De Larosière,* in AA.VV., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni* (Atti del Convegno Courmayeur 25-26 settembre 2009)*,* Giuffré, Milano, 2010, 199 ss.

MASUCCI M., *«Identità giuridica» e «continuità economica» nelle vicende della «responsabilità da reato» dell'ente. Evoluzione e circolazione dei modelli,* in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2014, 735 ss.

MASUCCI M., Ratio *e sistema dell'illecito (para-)penale dell'ente modificato,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, 178 ss.

MATHIOT A., *La théorie des circonstances exceptionnelles*, in *L'évolution du droit public*, *Etudes en l'honneur d'Achille Mestre*, Paris, 1956, 413-428

MATSPOULOU H., *Quelques réflexions sur la place de la statistique dans la politique pénale,* in Aa.Vv., *Politique(s) Criminelle(s)*, *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, 2014, 235 ss.

MATTARELLA B.G., voce *Discrezionalità amministrativa*, in A. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico,* vol. III, Milano, 2006, 1996 ss.

MAUGERI A. M., *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale*?, *La rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini dell'accertamento della sproporzione e dell'origine dei beni da* confiscare, in *Dir. pen. cont.–Riv. trim.*, 2014, 2, 191 ss.

MAUGERI A.M., *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie CEDU*? in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.,* 3/2013*,* 252 ss.

MAUGERI A.M., *La direttiva 2014/42/ue relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, 2015, 300 ss.

MAUGERI A.M., *La lotta all'evasione fiscale di prevenzione e autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2015, 4, 207 ss.

MAUGERI A.M., *La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 4/2013, 669 ss.

MAUGERI A.M., *La Suprema Corte pretende un uso più consapevole della categoria dell'impresa mafiosa in conformità ai principi costituzionali*, in *Dir. pen. cont.–Riv. trim.*, 2015, 1, 337 ss.

MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo,* Giuffré, Milano, 2001, 669;

MAUGERI A.M., *voce* Confisca (diritto penale), in *Enc. Dir.*, Annali VIII, 2015, Milano, 185 ss.

MAUSS M. *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, Torino, Einaudi, 2002.

MAYSON S. G., *Collateral Consequences and the Preventive State*, in 91 *Notre Dame L. Rev.* (2015), 302 ss.

MAZZACUVA F., *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale "classico" diritto penale "moderno"*, in *La giustizia patrimoniale penale*, BARGI A. – CISTERNA A., *La giustizia patrimoniale penale*, Utet, Padova, 2011, 237 ss.

MAZZACUVA F., *La prevenzione sostenibile*, in *Cass. pen.,* 3, 2018, 1071 ss.

MAZZACUVA FE., Deferred prosecution agreements: *riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana,* in *Ind. pen.*, 2013, 2, 737 ss.

MAZZACUVA FE., *La diversione processuale per gli enti collettivi alla luce del* Code of Conduct *inglese*: *spunti per alcune riflessioni* de jure condendo, in *Ind. pen.,* 2015, 1-2, 179 ss.

MAZZACUVA N., *A proposito della «interpretazione creativa» in materia penale: nuova «garanzia» o rinnovata violazione di principi fondamentali?,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* Vol. I, *Teoria del diritto penale. Criminologia e politica criminale,* Milano, Giuffrè, 2006, 437 ss.

MAZZAMUTO M., *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, in *Giur. It.*, 2013, 477 ss.

MC GREGOR L., *Transitional Justice and the prevention of torture,* in 7 *The international journal of transitional justice* (2013), 29.

MENDITTO F., *La rilevanza dei redditi da evasione fiscale nella confisca di prevenzione e nella confisca "allargata"*, in *Dir. pen. cont.*, 9 marzo 2014.

MENDITTO F., *Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla "criminalità da profitto"* (*mafie, corruzione, evasione fiscale*), in *Dir. pen. cont.*, 2 febbraio 2015.

MERENDA I., *Attività di rating e delitto di manipolazione del mercato*. *Qualche riflessione sul caso "Standard & Poor's*", in *Dir. pen. cont.*, 16 luglio 2018

MERUSI F., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche,* Giappichelli, Torino, 2013.

MEZZETTI E., *L'enticidio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2018, 1, 133 ss.

MICHELETTI D., *Legge e successione di norme integratrici,* Giappichelli, Torino, 2006.

MILITELLO V., *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale tra scienza e società,* in C.D. Spinellis–N. Theodorakis–E. Billis–G. Papadimitrakopoulos (eds.), *Europe in*

Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis, 2017, 223 ss.

MILLER M., *More Than Just a Potted Plant: A Court's Authority to Review Deferred Prosecution Agreements Under the Speedy Trial Act and Under Its Inherent Supervisory Power*, in 115 *Michigan Law Rev.* (2016), 135 ss.

MOCCIA S., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1995, 345 ss.

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale,* II ed., Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2000.

MODICA L., *Profili giuridici del sovraindebitamento,* Jovene, Napoli, 2012, 214 ss.

MONGILLO V., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1758 ss.

MONGILLO V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Giappichelli, Torino, 2018.

MONTALENTI P., *Le agenzie di rating: appunti*, in *Giur. comm*., fasc.3, 2013, 511 ss.

MOOHR G. S., *Prosecutorial Power in an Adversarial System*, *Lessons from Current White Collar Cases and the Inquisitorial Model*, in 8 *Buff. Crim. L. Rev*. (2004), 126-176.

MORELLI A., *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Dir. pen. cont – Riv. trim.*, 2013, 1, 7 ss.

MORTATI C., *Le leggi provvedimento,* Giuffré, Milano, 1968.

MUCCIARELLI F., *Aggiotaggio*, in A. Alessandri (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 425 ss.

MUCCIARELLI F., *Commento all'art. 1 l. 108/96*, in *Leg. Pen.*, 1997, 512.

MUCCIARELLI F., *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2018.

MUCCIARELLI F., *Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim*., 2015, 1, 109 ss.

MUSCO E.–ARDITO F., *Diritto penale tributario-con appendice di diritto processuale,* il Mulino, Bologna, 2010.

MUSCO E., *Reati tributari (voce),* in *Enc. dir. annali,* I, Milano, 2007, 1064.

NAPOLEONI V., *Introduzione artt. 2621-2641,* in AA.VV., *Codice commentato delle società*, IPSOA, Milano, 2011, 2403 ss.

NAPOLEONI V., *Le "vicende modificative"*: *trasformazione, fusione, scissione e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2, 2007, 139 ss.

NAPOLEONI V., *Le vicende modificative dell'ente,* in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffré, Milano 2010, 307 ss.

NASAR A., *In Defense of Deferred Prosecution Agreements*, *11 N.Y.U. J.L:& Liberty,* 2017, 838 ss.

NASCIMBENE B., Ne bis in idem, *diritto internazionale e diritto europeo*, in *Dir. pen. cont.,* 2 maggio 2018.

NAUCKE W., *Der Begriff der politischen Wirtschaftstraftat: Eine Annäherung, Lit Verlag,* Münster, 2012 (trad. spagnola *El concepto de delito económico-político: una aproximación* (Traducción y estudio preliminar de Eugenio Sarrabayrouse), Marcial Pons, Madrid, 2015.

NICOSIA E., *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Giappichelli, Torino, 2012.

NOZICK R., *Anarchy, State and Utopia,* New York*,* 1974.

NUVOLONE P., *Pena* (*dir. pen.),* in *Enc. Dir.,* vol. XXXII, Milano, 1982, 788 ss.

NUVOLONE P., *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale,* in *Riv. it dir. pen.*, 1948, n. 1-3, 43 ss.

O'SULLIVAN J.R*., The Changing Face of White Collar Crime: The Federal Criminal "Code" is a Disgrace: Obstruction Statutes ad a Case Study*, in 96 *J. Crim. L. & Criminology*, 2006, 653 ss.

OLIVARES K. M. et al., *The collateral consequences of a felony conviction: a national study of state legal codes 10 years later*, in 60 *Federal Probation* (1996), 10 ss.

ONADO M. *Intervento – Tavola rotonda: Banca e mercato: quali prospettive?*, in AA.VV., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni* (Atti del Convegno Courmayeur 25-26 settembre 2009)*,* Giuffré, Milano, 2010, 193 ss.

ONADO M., *La crisi finanziaria internazionale: le lezioni per i regolatori,* in *Banca, Impresa e Società,* 2009, 1, 5 ss.

OST F.–VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit,* Bruxelles, 2002

PADOVANI T., *Diritto penale,* X ed., Giuffré, Milano, 2012.

PADOVANI T., *Il nome dei principi e il principio dei nomi*: *la responsabilità "amministrativa" delle persone giuridiche*, in AA.VV., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitva"*, Torino, 2004, 13 ss.

PADOVANI T., *Il problema "Tangentopoli, tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2, 1996, 448 ss.

PADOVANI T., *La c.d. ultrattività delle leggi penali finanziarie e il principio costituzionale di uguaglianza*, in *Foro it.*, 1975, 28 ss.

PADOVANI T., *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Giustizia Criminale*, vol. 2, Pisa, 2014.

PADOVANI T., *Teoria della colpevolezza e scopi della pena,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 4, 798 ss.

PAGLIARO A., *Concorso di norme,* in *Enc. dir.,* vol. VIII, 1961.

PAGLIARO A., voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Giuffré, Milano, 1973, vol. XXIII, 1063 ss.

PALAZZO F.–PAPA M., *Lezioni di diritto penale comparato,* Giappichelli, Torino, 2013, 89 ss.

PALAZZO F., *Giustizia riparativa e giustizia punitiva,* in G. Mannozzi – A. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone,* il Mulino, Bologna, 2015.

PALAZZO F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1992, 457.

PALAZZO F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 1999.

PALAZZO F., *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale,* in *Quaderni fiorentini,* vol. XXXVI, t. 2, 2007, 1279 ss.

PALAZZO F., *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* vol. I, Milano, 2006, 515 ss.

PALIERO C. E., *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2014, 1099 ss.

PALIERO C. E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4, 1994, 1220 ss.

PALIERO C.E.– TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffré, Milano, 1989, 22-23.

PALIERO C.E.–MUCCIARELLI F., *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2015, 4, 246 ss.

PALIERO C.E., *«Minima non curat praetor». Ipertrofia del diritto penale e decrminalizzazione dei reati* bagatellari, Cedam, Padova, 1985.

PALIERO C.E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849 ss.

PALIERO C.E., *Diritto penale classico* versus *diritto penale moderno: cambi di paradigma nel sistema penale attuale?,* in *R. Fac. Direito,* 1992/93, 21-36.

PALIERO C.E., *Il principio di effettività del diritto penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1990, 430 ss.

PALIERO C.E., *Il sogno di Clitennestra: mitologie della pena. Pensieri scettici su modernità e archeologia del punire,* in AA.VV. *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini,* Tomo I, Milano, Giuffré, 2018, 69-146.

PALIERO C.E., *L'economia della pena. Un work in progress,* in E. Dolcini–C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, *Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Giuffré, Milano, 2006, 239 ss.

PALIERO C.E., *La fabbrica del Golem: progettualità e metodologia per la parte generale di un codice penale dell'Unione europea,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2, 2000, 466 ss.

PALIERO C.E., *La responsabilità degli enti: profili di diritto sostanziale,* in AA.VV., *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro* (Atti del Convegno. Milano, 14-15 marzo 2008), Giuffré, Milano, 2009, 277-302.

PALIERO C.E., *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516 ss.

PALIERO C.E., *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in AA.VV., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni* (Atti del Convegno Courmayeur 25-26 settembre 2009)*,* Giuffré, Milano, 2010, 51 ss.

PALIERO C.E., *Sicurezza dei mercati o mercato delle insicurezze?,* in *Sicurezza e Diritto penale*, in M. Donini–M. Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale,* Bologna, Bononia University Press, 2011, 321 ss.

PANETTA A., *Responsabilità da reato degli enti: più certi i confini per l'applicazione in sede cautelare del principio di frazionabilità delle sanzioni interdittive e nomina del commissario giudiziale*, in *Cass. pen.*, 2011, 3536 ss.

PAPA M., *Il reato di* mail fraud *nel diritto statunitense: spunti sui presupposti della responsabilità penale tra previsione legale dell'illecito e prassi applicativa*, in G. Fiandaca (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Padova, 1997, 217 ss.

PASCAL B., *Pensées diverses III* – Fragment n° 4 / 85, 1670.

PASCULLI M. A., *Some reflections on Restorative Justice in Searching for Universal Justice,* in A. INCAMPO–W. ŻEŁANIEC (eds.)*, Universality of Punishment*, Cacucci, 2015, 215 ss.

PASTOR D., *Processi penali solo per conoscere la verità? L'esperienza argentina,* in E. FRONZA-G. FORNASARI, *Il superamento del passato. Il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell'esperienza argentina e colombiana*, Università di Trento, Collana Dip. Scienze giuridiche, Trento, 2009, 99 ss.

PAVARINI M., *Degrado, paure e insicurezze nello spazio urbano,* in *Cass. pen.* 2009, 805 ss.

PAVARINI M., *La giustizia penale ostile: un'introduzione*, in *Studi sulla questione criminale. Nuova serie di "Dei delitti e delle pene"*, 2007, 2, 7 ss.

PAVARINI M., *The new penology and politics in crisis: the italian case,* in *British Journal of Criminology*, vol. 34, Issue S1, January 1994, 49-61.

PEDRAZZI C., *Diritto penale* (1990), vol. I, *Scritti di parte generale,* Milano, 2003.

PEDRAZZI C., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffré, Milano, 2003, 845 ss.

PEDRAZZI C., *In memoria del falso in bilancio*, *Riv. soc.,* 2001, 1369 ss.

PEDRAZZI C., *Interessi economici e tutela penale*, in A.M. Stile (a cura di), *Bene giuridico e riforma di parte speciale*, Jovene, Napoli, 1985, 295 ss.

PEDRAZZI C., *Scritti di diritto penale dell'economia*, Giuffré, Milano, 2003.

PELAZZA M., *Patteggiamento in un procedimento per omicidio colposo del lavoratore: per l'ente escluse confisca e misure interdittive*, in *Dir. pen. cont.*, 3 aprile 2012.

PELLOSO D., *La responsabilità penale degli enti in Gran Bretagna. Alla ricerca di nuovi modelli di colpa,* in www.rivista231.it , *Sezione Interventi.*

PERINI A., *I reati esterni alla dichiarazione: i reati di pericolo e la tutela penale del gettito*, in V. Santoriello (a cura di), *La disciplina penale dell'economia*, Torino, 2008, vol. II, 170 ss.

PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno,* Milano, Giuffré, 2010.

PERINI C.–CONSULICH F. (a cura di), *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito,* Edizioni Unicopli, Milano, 2012.

PERINO M. A., *The Financial Crisis Inquiry Commission and the Politics of Governmental Investigations*, in *Faculty Publications*, 2012, 1063 ss.

PICARD E. , *La responsabilité pénale des personnes de droit public: fondements et champ d'application,* in *Rev. soc.,*1993, 272 ss.

PIERGALLINI C., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali,* Giuffré, Milano, 2004.

PIERGALLINI C., *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio,* in G. Lattanzi (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Giuffré, Milano, 2010, 233 ss.

PIERGALLINI C., *Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente: un groviglio di problematica ricomposizione*, in *Criminalia*, 2015, 539 ss.

PIERGALLINI C., *Ius sibi imponere. Controllo penale mediante autonormazione?*, in C.E. Paliero et al. (a cura di), *La "crisi della legalità". Il sistema vivente delle fonti penali,* Napoli, 2016, 140 ss.

PIERGALLINI C., *Spunti in tema di responsabilità degli enti*, in AA.VV., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni* (Atti del Convegno Courmayeur 25-26 settembre 2009)*,* Giuffré, Milano, 2010, 107 ss.

PIGNATONE G., *Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2015.

PIN X. , *La privatisation du procès pénal,* in *Rev. sc. crim.,* 2002, 245 ss.

PINARD M., *An Integrated Perspective on the Collateral Consequences of Criminal Convictions and Reentry Issues Faced by Formerly Incarcerated Individuals*, in 86 *B.U. L. Rev.* (2006), 623 ss.

PINO G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010.

PISA P., *Mutata la strategia di contrasto al fenomeno dell'usura,* in *Dir. pen. proc.*, 4, 1996, 416 ss.

PODGOR E.S., *Criminal Fraud,* in 48 *Am. U. L. Rev.* (1999), 729 ss.

PONTELL H. N.–BLACK W. K.–GEIS G., *Too big to fail, too powerful to jail? On the absence of criminal prosecutions after the 2008 financial meltdown*, in 61(1) *Crime, Law and Social Change* (2014), 1-13.

POUIS N.C., *Non-payment of tax and other liabilities as a crime: fiscal crisis andthe limitations of criminal legislation*, in *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, 1419 ss.

PRESTI G., *Take the AAA train: note introduttive sul rating*, in AA. VV., *Il rating tra mito, realtà e narrazioni*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 2, 2012, 251 ss.

PRESUTTI A.– BERNASCONI A., *Manuale della responsabilità degli enti,* Milano, 2013, 37 ss.

PRITTWITZ C., *Società del rischio e diritto penale,* in L. Stortoni–L. Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo, L'analisi critica della Scuola di Francoforte* (*Atti del Convegno di Toledo,* 13-15 novembre 2000), Giuffré, Milano, 2004, 371-412.

PROCOPIO M., *L'omesso versamento dell'Iva e delle ritenute certificate: orientamenti giurisprudenziali e auspici de iure condendo,* in *Dir. e prat. trib.,* 2014, 5, 10881.

PUGLISI G., *Modificazioni mediate della fattispecie e diritto penale intertemporale: ragioni teleologiche ed ermeneutiche* pro libertate, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2, 2017, 789 ss.

PULITANÒ D., *Fra giustizia penale e gestione amministrativa: riflessioni a margine del caso Ilva,* in *Dir. pen. cont – Riv. trim.*, 2013, 1, 44 ss.

PULITANÒ D., *Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1, 29 ss.

PULITANÒ D., *La giustizia penale alla prova del fuoco,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* fasc.1, 1997, 3 ss.

PULITANÒ D., *Laicità e diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1, 2006, 55 ss.

PULITANÒ D., *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2014, 123 ss.

PULITANÒ D., *Significato e funzione della pena nella giustizia penale internazionale,* in *Quest. Giust.,* n. 1, 2007, 73.

PULITANÒ D., *Sull'interpretazione e gli interpreti della legge penale*, in AA. VV., *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, Giuffré, Milano, 2006, 657 ss.

PULITANÒ D., voce *Politica Criminale,* in *Enc. Dir.,* XXXIV, 1985.

PUPPO F., *Logica fuzzy e diritto penale nel pensiero di Mireille Delmas-Marty*, in *Criminalia,* 2009, 631 ss.

QUIGLEY R., *The Impulse Towards Individual Criminal Punishment After the Financial Crisi*, in 22 *Virginia Journal of Social Policy and the Law* (2014), 105-158.

QUIROZ VITALE M.A., *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità,* Giuffré, Milano, 2012.

RAKOFF J. S., *Why Have No High-Level Executives Been Prosecuted? – Lecture hosted by the Institute for Law & Economics University of Pennsylvania Law School* (November 2013), in http://www.theregreview.org/

RAMPIONI R., *La fattispecie di usura "presunta"nel crogiuolo della pratica applicativa. Il "nodo" della commissione di massimo scoperto mette a nudo il* non sense *della delega politica agli organi tecnici,* in *Cass. pen.,* 1, 2012, 361 ss.

RECCHIA N., *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale,* in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.,* 3/2015, 71 ss.

REVAULT D'ALLONNES M., *La crisi senza fine. Saggio sull'esperienza moderna del tempo,* trad. it di Giulia Masperi, Milano, 2014.

RICOEUR P., *La crise est-elle un phénomène spécifiquement moderne?*, in *Revue de théologie et de philosophie*, 120 (1988), 1-19.

RIONDATO S., *Sulla responsabilità penale degli amministratori di società pubbliche,* et de publica societate quae delinquere potest, in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2005, 792 ss.

RISICATO L., *Gli elementi normativi della fattispecie penale: profili generali e problemi applicativi,* Giuffré, Milano, 2004.

ROBERT J.H.–SEGONDS M. , *Convention judiciaire d'interet public. De l'art de l'ombre à l'art du clair-obscur*, in *Lexisnexis*, *Droit Pénal*, 2018, 1, 38 ss.

RODOPOULOS I., *La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal? Esquisse d'une dialectique entre une crise factuelle et normative,* in *Rev. sc. crim.,* 2013, 1, 6 ss.

RODOTÀ S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.,* 1987*,* 709 ss.

ROMANO M., *Crisi finanziaria e diritto penale,* in *Jus,* 1, 2009, 59 ss.

ROMANO M., *«Meritevolezza di pena»*, «*bisogno di pena*» *e teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1992, 39 ss.

ROMANO S., *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1910), in ID., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffré, Milano, 1969, 5-26.

ROMANO S., *Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria,* in *Riv. dir. pubblico»,* 1909 (ora in ID., *Scritti minori,* vol. I, Giuffré, Milano 1990, 362).

ROMOLI F., *Omesso versamento di I.V.A. e crisi di liquidità,* in www.archiviopenale.it, fasc. 1, gennaio-aprile 2013.

RONCO S. M.*, Il contribuente fiscalmente pericoloso*. *Profili di interrelazione tra il diritto tributario e la giurisprudenza in materia di confisca di prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 13 aprile 2016.

ROSE D. R. –CLEAR T. R., *Incarceration, Reentry and Social Capital: Social Networks in the Balance,* in J. Travis–M. Waul (eds.), *Prisoners once removed: the impact of incarceration and reentry on children, families and communities,* New York, 2003, 313–341.

ROSSI G., *Prefazione*, in R. POSNER, *La crisi della democrazia capitalista*, Milano, 2010, XVII.

ROSSI N., *L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale economico nel tempo della crisi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2, 2014, 627 ss.

ROSSI P. (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009.

ROSSI P. (a cura di), *Fine del diritto?*, Bologna, Il Mulino, 2009.

ROTH-ARRIAZA N., *The new landscape of transitional justice,* in N. Roth–Arriaza–J. Mariezcurrena (a cura di), *Transitional Justice in the Twenty-First century,* Cambridge, 2006.

ROXIN C., *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, trad. it. a cura di S. Moccia, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996.

ROXIN C.*, I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 3 ss.

ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in *Politica criminale e sistema del diritto penale*. *Saggi di teoria del reato* (trad. it. a cura di S. Moccia), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009.

ROXIN C., *Risarcimento del danno e fini della pena,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1987, 5 ss.

ROXIN C., *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv*. *it*. *dir*. *proc*. *pen*., 1984, 1, 16 ss.

RUGA RIVA C., *Stato di emergenza e delimitazione territoriale. Verso un nuovo diritto penale dell'eccezione?,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 3, 2009, 1089 ss.

RUGGIERO G., *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Jovene, Napoli, 1985

RUGGIERO R.A., *Non prosecution agreements* e criminalità d'impresa negli U.S.A., cit., 4.

RUGGIERO R.A., *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti,* Giappichelli, Torino, 2018.

SANDRELLI G.G., *I reati di* market abuse, in *Resp. amm. soc. ent.*, 2, 2006.

SANTACROCE B.–PEZZELLA D., *Il concordato preventivo non esclude il reato di omesso versamento I.V.A.: quali effetti sulle sanzioni tributarie?,* in *Corr. trib.,* 1, 2014, 38 ss.

SANTAMARIA B., *Lineamenti di una dottrina delle esimenti,* Jovene, Napoli, 1961.

SBRICCOLI M., *Giustizia criminale*, in M. FIORAVANTI, *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto,* Roma-Bari, 2002, 163 ss.

SBRICCOLI M., *Giustizia criminale,* in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti* (1972-2007), Tomo I, Giuffré, Milano, 2009.

SBRICCOLI M., *Justice négociée, justice hégémonique : l'émergence du pénal public dans les villes italiennes des XIIIe et XVe siècles,* in *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge, Collection de l'École française de Rome,* 2007*,* 385 ss.

SCARANO L., *La non esigibilità nel diritto penale,* Jovene, Napoli, 1948.

SCILLA D., *The Illusion of Universality in International Criminal Law,* in A. INCAMPO – W. ZELANIEC, *Universality of punishment,* Cacucci Editore, Bari, 2015, 231 ss.

SCOLETTA M., *La confisca in capo all'ente per reati tributari commessi dal legale rappresentante: la parola delle Sezioni Unite*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ*, 2014, 487 ss.

SCOLETTA M., *Le parole sono importanti? "Fatti materiali", false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale*, in *Dir. pen. cont.–Riv. trim.,* 4, 2016, 163 ss.

SCOLETTA M., *Tasso usurario, commissione di massimo scoperto e rilevanza penale del fatto* (nota a Trib. Milano, 24 giugno 2013), in *Società,* 2013, 11, 1257 ss..

SEMINARA S., *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici,* in *Dir. pen. e proc.*, 3, 2009, 269 ss.

SEMINARA S., *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2015, 1406 ss.

SEMINARA S., *L'aggiotaggio (art. 2637 c.c.*), in A. Giarda–S. Seminara (a cura di), *I nuovi reati societari: diritto e* processo, Padova, 2002, 553 ss.

SEMINARA S., *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.,* 3, 2015, 813 ss.

SEMINARA S., *Lo statuto penale dell'impresa societaria tra presente e futuro*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2, 2014, 644 ss.

SEMINARA S., *Riserve extrabilancio e gestione d'impresa: profili penali* (Relazione al Congresso italo-spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014), in *Dir. pen. cont.–Riv. trim.*, 2014, 3-4, 73 ss.

SEMINARA S., *Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1631 ss.

SESTIERI M., *Mutamenti nella politica criminale dell'Unione. Dall'interpretazione strumentale del reato associativo relativo al contrabbando di tabacchi all'approvazione della Direttiva PIF*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2018, 159 ss.

SEVERINO P., *Sicurezza dei mercati finanziari: interessi tutelati e strumenti di tutela*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 672 ss.

SFAMENI P., *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente,* in AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano 2002, 159 ss.

SGUBBI F.–GUERINI T.*, L'art. 32 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90. Un primo commento,* in *Dir. pen., cont.,* 24 settembre 2014.

SGUBBI F., *Crisi d'impresa, procedure di salvataggio e reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 665 ss.

SGUBBI F., *Il nuovo delitto di "Autoriciclaggio": una fonte inesauribile di "effetti perversi" dell'azione legislativa*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.,* 2015, 1, 137 ss.

SGUBBI F., *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale,* il Mulino, Bologna, 1990.

SILVA SANCHEZ J. M., *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, ed. it. a cura di V. Militello, Giuffré, Milano, 2004.

SIMONATO M., *Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation*, in 6 *New Journal of European Criminal Law*, 2/2015, 213 ss.

SIMONETTO E. (a cura di), *Sulla crisi del diritto,* Cedam, Padova, 1973.

SIRACUSA L., *L'imprenditore estorto "acquiescente" tra coazione morale e libertà del volere*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2016, 1803 ss.

SOANA G. L., *Crisi di liquidità del contribuente e omesso versamento di ritenute certificate e di IVA (artt. 10-bis e 10-ter d.lgs. n. 74/2000)*, in *Dir. pen. cont.*, 7 ottobre 2013.

SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema europeo vigente*, Giuffré, Milano, 2007.

SOTIS C., *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco, con una postilla sulla ordinanza 24 del 2017 della Corte costituzionale "tra Antigone e Creonte io sto con Porzia"*, in M. D'Amico–I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale*. Atti del convegno tenutosi all'Università degli Studi di Milano il 15 aprile 2016, Giuffrè, Milano, 2016, 185 ss.

SOTIS C., *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2012, 2, 464 ss.

SOTIS C., *Le regole dell'incoerenza. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale,* Aracne, Roma, 2012.

SPERTI A., *Alcune riflessioni sui profili costituzionali del decreto Ilva*, in *Dir. pen. cont – Riv. trim.*, 2013, 1, 12 ss.

SPINELLIS C.D. – THEODORAKIS N.–BILLIS E. – PAPADIMITRAKOPOULOS G. (eds.), *Europe in Crisis: Crime, Criminal Justice, and the Way Forward. Essays in honour of Nestor Courakis*, 2017, 224.

SPIVACK P.–RAMAN S., *Regulating the New Regulators: Current Trends in Deferred Prosecution Agreements*, 45 *Am. Crim. L. Rev*. (2008), 159 ss.

STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffré, Milano, 2001.

STELLA F., *La giustizia e le ingiustizie*, il Mulino, Bologna, 2006.

STELLA P., *L'*enforcement *nei mercati finanziari*, Milano, Giuffré, 2008.

SUÀREZ GONZÀLEZ C., *Diritto penale e rischi tecnologici,* in L. Stortoni–L. Foffani (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo, L'analisi critica della Scuola di Francoforte* (*Atti del Convegno di Toledo,* 13-15 novembre 2000), Giuffré, Milano, 2004, 413–426.

SULLIVAN D.– TIFFT L., *Handbook of Restorative Justice: a Global Perspective*, Routledge, New York, 2006.

SUN BEALE S., *The Development and Evolution of the U.S. Law of Corporate Criminal Liability*, 126 *Zeitshrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 2014, 27 ss.

SUPIOT A., *L'esprit de Philadelphia. La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris, 2010.

SUPIOT A., *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France* (2012-2014), Nantes, Fayard, 2015.

SZOTT MOOHR G., *Mail Fraud Meets Criminal Theory*, in *67 U. Cin. L. Rev.* (1998), 1 ss.

TARANTOLA A.M., *Intervento – Tavola rotonda: Banca e mercato: quali prospettive?*, in AA.VV., *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni* (Atti del Convegno Courmayeur 25-26 settembre 2009)*,* Giuffré, Milano, 2010, 175 ss.

TARELLO G., *Sul problema della crisi del diritto,* Giappichelli, Torino, 1957.

TARUFFO M., *La giustificazione delle decisioni fondate su standards,* in P. Comanducci-R. Guastini (a cura di), *Materiali ad uso degli studenti,* vol. II, Torino, 1989, 311 ss.

TARUFFO M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti,* Laterza, Bari, 2009; ID., *La verità nel processo,* in AA. VV., «*Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo,* Jovene, Napoli, 2014, 181 ss.

TARUFFO M., *Verità e giustizia di transizione,* in *Criminalia,* 2015, 21 ss.

TAYLOR I., *Crime in context: A Critical Criminology of Market Societies,* Polity Press, Cambridge, 1999

TEITEL R.G., *Globalising transitional justice. Essays for the new millennium*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

TEITEL R.G., *Transitional Justice and the Transformation of Constitutionalism,* in T. GINSBURG- R. DIXON (edited by) *Comparative Constitutional Law,* Edwar Elgar, 2011.

TEITEL R.G., *Transitional justice genealogy,* in *Harvard Human Rights Journal,* vol. 16, 2003, 64 ss..

TEITEL R.G., *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

TERRÉ F., *La Justice en temps de crise,* in *Pouvoirs*,1979, 10, 35-40.

TEUBNER G., *Altera pars Audiatur. Il diritto nella collisione dei discorsi,* in ID., *Diritto policontesturale: Prospettive giuridiche della pluralizzazione dei mondi sociali,* La città del sole, Napoli, 1999, 27-70.

TEUBNER G., *Substantive and reflexive elements in modern law*, in *Law soc. rev.,* 2/1983, 239-285.

TODARO G., *Il sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, di beni di una persona giuridica: il rebus dei reati tributari*, in *Cass. pen.,* 2014, 282 ss.

TONA G.B., *Gestire o liquidare? I dilemmi dell'amministratore giudiziario e le aspettative dei creditori nei grovigli del Codice Antimafia*, in *Leg. Pen.*, 2012, 223 ss.

Torino, 1998.

TRICOT J., *Corporate liability and compliance programs in France,* in S. Manacorda–F. Centonze–G. Forti (a cura di), *Preventing Corporate Corruption. The antibribery compliance model*, Springer, Heidelberg, 2014, 486 ss.

TRICOT J., *Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales: l'exemple français*, in *Rev. sc. crim.,* 2012, 19 ss.

TRINCHERA T., *Caso ILVA: la Cassazione esclude la confisca per equivalente del profitto dei reati ambientali*, in *Dir. pen. cont.,* 11 febbraio 2014.

TRONCONE P., *La legislazione penale dell'emergenza in Italia*. *Tecniche normative di incriminazione e politica giudiziaria dallo stato liberale allo stato democratico di diritto*, Jovene, Napoli, 2001.

TROYER L.–CAVALLINI S., *Usura presunta e commissione di massimo scoperto: il disorientamento dell'operatore bancario tra indicazioni erronee" dell'Autorità ed "autentiche" del Legislatore al vaglio della Suprema Corte,* in *Riv. dott. comm.,* 2011, 955.

TULKENS F. –VAN DE KERCHOVE M., *La justice pénale: justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ?*, in AA. VV., *Droit négocié, droit imposé?*, Bruxelles, 1996, 529-579.

TULKENS F., *Giustizia negoziata?,* in M. Chiavario (a cura di), *Procedure penali d'Europa,* II ed., Cedam, Padova, 2001, 621 ss.

UPRIMNY R.–SAFFON M. P., *Transitional justice, Restorative Justice and Reconciliation. Some insight from the Colombian Case,* in www.global.wisc.edu/reconciliation.

VALENTINI A. (a cura di), *Responsabilità sociale d'impresa e globalizzazione. Verso un'internazionalizzazione sostenibile,* Franco Angeli, Milano, 2004.

VALENTINI V., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Giuffré, Milano, 2012.

VALLINI A., *La portata della sentenza CGUE "Taricco": un'interferenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Criminalia*, 2015, 295 ss.

VARRASO G., *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle Sezioni Unite in tema di sequestro ai fini di confisca e reati tributari*, in *Cass. pen.,* 2014, 9, 2806 ss.

VASSALLI G., *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, in *Giur. Cost.,* 1977, I, 421 ss.

VASSALLI G., *La punizione dell'insider trading*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1, 3 ss.

VASSALLI G., *Leggi penali eccezionali e divieto di analogia,* in *Scritti giuridici,* vol. I, Giuffré, Milano, 1997, 36-59, originariamente in *Rass. di dir. it.,* Istituto degli studi legislativi, 1944, 9-25.

VASSALLI G., *Limiti del divieto d'analogia in diritto penale (norme ordinarie e norme eccezionali),* Milano, Giuffré, 1942.

VEDEL G.–DELVOLVÉ P., *Droit administratif*, 11ème édition, Paris, 1990.

VENEZIANI P., *Motivi e colpevolezza,* Giappichelli, Torino, 2000.

VERGÈS E. , *La procédure pénale hybride,* in *Rev. sc. crim.,* 2017, 3, 581 ss.

VERGINE F., voce Confisca, in *Dig. pen.*, Torino, 2013.

VIETTI M., *Intervento introduttivo – Crisi economica e diritto penale,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2, 2014, 561 ss.

VIGANÒ F., *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2017.

VIGANÒ F., *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.,* 1/2016, 201.

VIGANÒ F., *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano* , in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 2, 610 ss.

VIGANÒ F., *Stato di necessità e conflitto di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Giuffré, Milano, 2000.

VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte Costituzionale e Corte EDU: riflessioni a margine della sentenza n. 236/2011,* in *Dir. pen. cont.*, 6 settembre 2011.

VISCONTI C., *Ancora una decisione innovativa del tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali* (Trib. Milano, Sez. misure di prevenzione, decr. 24 giugno 2016, Pres. Roia, Est. Tallarida), in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2016.

VISCONTI C., *Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2012.

VISCONTI C., *Contro le mafie non solo confische, ma anche bonifiche giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in *Dir. pen. cont.,* 20 gennaio 2012.

VISCONTI C., *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale dell'economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2014, 705 ss.

VOGLIOTTI M., *De quelques remèdes à la décomposition du notre univers juridique. À propos du livre de F.Ost et M. van de Kerchove, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit,* in 56/57 *Dr. et Soc.,* 2004, 361 ss.

VOGLIOTTI M., *Il giudice al tempo dello scontro tra paradigmi,* in *Dir. pen. cont.,* 2 novembre 2016, 4,

VOGLIOTTI M.,*Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica,* Giappichelli, Torino, 2007.

WACQUANT L., *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello Stato penale nella società neoliberale*, La Feltrinelli, Milano, 2000.

WACQUANT L., *The Wedding of Workfare and Prisonfare Revisited* (*An interview conducted by Volker Eick and Kendra Briken on the impact of the current global financial and economic crisis on prisons and punishment*), in *Social Justice,* Vol. 38, Nos. 1-2 (2011-12), 203-221.

WEISSMAN A.–NEWMAN D., *Rethinking Corporate Criminal Liability*, 82 *Ind. L.J.* (2007), 411 ss.

WERLE G., *Diritto dei crimini internazionali* (trad. it. di A. Di Martino), Bononia University Press, Bologna, 2009.

WHILELMSSON T., *"Social force majeure" – A New concept in Nordic Consumer Law,* in *Journal of Consumer Policy,* 1990, vol. 13, 1.

WIEBELHAUS-BRAHM E., *Truth Commissions and Transitional Societies: The Impact on Human Rights and Democracy*, Routledge, London, 2010.

WOODLEY M., *Bargaining over Corporate Manslaughter – What Price a Life?.* in 77 *J. Crim. L.,* (2013), 35 ss.

WRAY C. A.–HUR R. K., *Corporate Criminal Prosecution in a Post-Enron World: The Thompson Memo in Theory and Practice*, 43 *A. Crim. L. Rev*. (2006), 1095 ss.

ZALES J. L., *$22 Trillion Lost, Zero Wall Street Executives Jailed: Prosecutors Should Utilize Whistleblowers to Establish Criminal Intent*, in 6 *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* (2016), 167 ss.

ZAMPERINI A., *Psicologia sociale della responsabilità. Giustizia, politica, etica e altri scenari*, Utet,

ZARING D., *Litigating the financial crisis,* 100 *Va. L. Rev.* (2014), 1437 ss.

ZIRULIA S., *In vigore un nuovo decreto "Salva Ilva" (e anche Fincantieri). Osservazioni a margine del d.l. 4 luglio 2015, n. 92, recante «Misure urgenti in materia di rifiuti e di autorizzazione integrata ambientale, nonché per l'esercizio dell'attività di impresa di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale»,* in *Dir. pen. cont.*, 6 luglio 2015.

ZOLO D., *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad,* Laterza, Roma-Bari, 2006.

ZOLO D., *Pace, risoluzione dei conflitti e giustizia penale internazionale,* in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, 727 ss.

ZOLO D., voce *Globalizzazione,* in *Dig. disc. pubbl., Aggiornamento,* Torino, Utet, 2005, 378 ss.