

RD P

Rivista di Diritto Penale di Impresa

Periodico giuridico semestrale di approfondimento
scientifico e tecnico-professionale

Fascicolo 1 | luglio-dicembre 2022

RDPI

Rivista di Diritto Penale di Impresa

Fascicolo 1 | luglio-dicembre 2022

Licenza: CC BY-NC-ND
© 2022 | Editore Progetto Diritto Penale di Impresa

RDPI

Rivista di Diritto Penale di Impresa

Periodico semestrale

ISSN (online) in corso di attribuzione

Direttore scientifico: Roberto Zannotti

Direttore responsabile: Stefano Nanni

Coordinatore scientifico: Valerio Rochira

Con il patrocinio di:

Università LUMSA – Master school

IESED

Editore

Progetto Diritto Penale di Impresa

<https://rdpi.it>

Servizi editoriali

Francesco Sensoli – Società Editrice Fiorentina

Grafica

Arianna Marini

Realizzato con

BooksFlow - Progettinrete srl

Certificazione scientifica

Tutti gli articoli pubblicati hanno ottenuto il parere favorevole da parte di valutatori designati, attraverso un processo di revisione anonima e sotto la responsabilità del Comitato scientifico della rivista. La valutazione è stata effettuata in ottemperanza ai criteri scientifici ed editoriali della Rivista.

SOMMARIO

Saggi

Michele Pilia

L'adeguatezza dei modelli 231 in relazione alla *safety* nelle società del settore *aviation* alla luce della recente interpretazione dell'art. 2638 c.c. 7

Luigi Capriello

Il regime di applicabilità dell'art. 578-*bis* c.p.p. in rapporto alla natura della confisca per equivalente 27

Valerio Rochira

La *business judgement rule* e il sindacato del giudice penale sull'adeguatezza degli assetti organizzativi 55

Nota a sentenza

Stefano Nanni

La delega di funzioni e i ruoli di coordinatore per la sicurezza e preposto in cantiere. La trasferibilità del debito di garanzia del datore di lavoro 73

Francesca Di Muzio

Le sezioni unite sull'inapplicabilità della messa alla prova dell'ente 85

Luca Di Pedè

Amministratore di fatto e principio di effettività nel diritto penale tributario. Riflessioni su alcune incoerenze ermeneutiche della giurisprudenza della corte di cassazione 95

L'adeguatezza dei modelli 231 in relazione alla *safety* nelle società del settore *aviation* alla luce della recente interpretazione dell'art. 2638 c.c.

Michele Pilia

Cita come:

L'adeguatezza dei modelli 231 in relazione alla safety nelle società del settore aviation alla luce della recente interpretazione dell'art. 2638 c.c., in *Rivista di Diritto Penale di Impresa* 1/2022, 7-26. DOI: <https://doi.org/10.35948/RDPI/2022.11>

Accettazione: 01/12/2022

Pubblicazione: 08/12/2022

Valutazione:

Articolo sottoposto a revisione scientifica

Licenza e Copyright:



Articolo disponibile in accesso libero

© 2022 | Autori



Abstract

L'attenzione alla sicurezza, connessa anche ai recenti sinistri relativi agli eventi del caso "Boeing 737 max", il recente protocollo d'intesa raggiunto tra l'ENAC e la Scuola Superiore della Magistratura, finalizzato ad una maggiore consapevolezza reciproca per portare l'amministrazione della giustizia più vicina possibile alla realtà *aviation* in cui la stessa si troverà ad operare, e infine il crack Alitalia, hanno imposto un'ulteriore riflessione sulla natura dei problemi afferenti la *safety* degli aeromobili sia sotto il profilo tecnico (di progettazione, realizzazione o impiego), sia sotto il profilo normativo-giuridico. Questo ha condotto le società operanti nel settore a domandarsi se i loro modelli di raccolta delle segnalazioni e di comunicazione con l'ENAC dovessero essere ripensati, specie in considerazione dell'astratta configurabilità dell'art. 2638 c.c. e del conseguente illecito connesso con l'art. 25ter D.lgs. n. 231/2001.

Parole chiave: comunicazioni obbligatorie, enti di vigilanza, ENAC, art. 2638 c.c., safety, modello 231

The recent attention about the safety related to the aviation incident, especially the "Boeing 737 max" case, the new memorandum of understanding reached between Ente Nazionale Aviazione Civile ("ENAC") and the Italian Scuola Superiore della Magistratura aimed at greater mutual awareness to bring the justice's administration as close as possible to the aviation reality, and eventually the Alitalia's crack, require further reflection on the aircraft safety from a technical standpoint (design, construction or use) and legal point of view. This has led the aviation's companies to a rethinking of their reporting policy and their interactions with ENAC, especially in view of the potential configurability of art. 2638 civil code and the consequent offense connected with art. 25ter D.lgs. n. 231/2001.

Keywords: mandatory communication, surveillance Authority, ENAC, art. 2638 c.c., safety, modello 231

1. Premessa

La responsabilità da reato degli enti è stata recentemente oggetto di un dibattito dottrinale, stimolato dagli impulsi normativi euro-unitari, a causa della positivizzazione degli obblighi giuridici connessi alla sicurezza proattiva all'interno di settori connotati da un alto livello di complessità tecnica-operativa quale è quello aeronautico. Tali interventi normativi hanno imposto a tutti i *player* del settore (società di gestione, *handler*, vettori etc.) un ripensamento dei modelli di gestione del rischio, il che ha condotto, stanti le nuove criticità, a degli interrogativi sulla tenuta degli attuali modelli di prevenzione dei reati ex D.lgs. n. 231/2001. Il legislatore europeo¹ infatti, ha reputato di tributare, ormai da anni, un ruolo di primaria importanza alla sicurezza proattiva valorizzando le segnalazioni da parte degli operatori di prima linea (i c.d. *first line operators*). Detti operatori del mondo aeronautico sono, ora più che mai, parte attiva del *risk assessment* e del *risk management* societario e forniscono elementi imprescindibili per una prosecuzione in sicurezza delle attività aeronautiche.

Questa disamina è stata fomentata dalle recenti novità in tema di *whistle blowing*², nonché dagli aggiornamenti ricevuti in questi ultimi anni della normativa di settore. Detti aggiornamenti, infatti, hanno imposto una radicale modifica degli strumenti attraverso cui raccogliere e condividere i dati³ delle segnalazioni aeronautiche imposte dal reg. UE n. 376/2014⁴. Inoltre, vi è stato un recente episodio – applicativo dell'art. 2638 c.c. al mondo aeronautico – che ha imposto una riflessione che trascende i confini delle normali aree di interesse delle società del settore *aviation* traslando il campo d'indagine verso il diritto penale societario in sé e per sé considerato, invero nella vicenda del crack Alitalia⁵, è stato contestato per la prima volta anche il reato di cui all'art. 2638 c.c. in relazione a fatti connessi al mondo *aviation*.

Il contesto testé delineato ha spinto il mondo delle aziende operanti nel settore dell'aviazione civile, le quali già da tempo si confrontavano su queste tematiche, anche se con un approccio *sui generis*, ad interrogarsi sull'adeguatezza dei propri modelli 231⁶ in relazione all'ipotesi di cui all'art. 2638 c.c., nonché sull'applicabilità di tale fattispecie delittuosa, non soltanto in relazione agli aspetti più propriamente di natura commerciale ma, anche, in relazione ai vari obblighi di segnalazione presenti nel mondo aeronautico con una peculiare attenzione ai profili connessi con la *safety*⁷ (*rectius* sicurezza intrinseca del sistema), sui quali tutti gli *stakeholder* del settore hanno precisi e stringenti obblighi di legge.

2. Le segnalazioni aeronautiche ed i modelli di valutazione del rischio alla luce delle modifiche normative entrate in vigore nel 2022

Prima di addentrarsi nel cuore pulsante della tematica oggetto della presente disamina è doveroso chiarire, seppur brevemente, cosa siano le segnalazioni aeronautiche rilevanti al riguardo e, nello specifico, cosa siano i *Report*.

Il *Report* è il principale strumento – delineato dal reg. UE n. 376/2014 – per l'implementazione della *safety* nel mondo *aviation*. La sua importanza è tale che il legislatore europeo, al fine di incentivarlo (così come successivamente fatto a proposito del *whistle blower*), ha introdotto forme di non punibilità per il soggetto che si autodenunci con le tempistiche e le modalità prescritte dalla norma.

L'attività di *Report* consiste, sostanzialmente, nella denuncia di una condizione di fatto, di un errore o di eventi, siano essi di minore gravità (i c.d. segnali deboli⁸) ovvero eventi di gravità maggiore. Detti elementi, di per sé stessi, potrebbero non essere minacce rilevanti per la *safety* ma, in ossequio al modello di Reason⁹, potrebbero portare a un “evento aeronautico” o peggio a un “sinistro aeronautico”. Pare opportuno rimarcare che detti “eventi aeronautici” non costituiscono necessariamente, se presi singolarmente, un *vulnus* per la *safety*; tuttavia, quegli stessi eventi, possono portare a conseguenze dannose, specie se trascurati (*swiss cheese model*¹⁰).

Stante l'importanza del predetto strumento, il reg. UE n. 376/2014 norma minuziosamente il *Report* sia per quanto concerne la distinzione in varie tipologie, in ragione dei soggetti gravati da tale obbligo giuridico, sia sotto il profilo contenutistico e dei suoi limiti di utilizzo. Procedendo con ordine, pare opportuno ricordare che il Regolamento europeo in materia distingue tra due macro aeree di *Report*: il primo obbligatorio, disciplinato dal art. 4 del reg. UE n. 376/2014; il secondo volontario, disciplinato dall'art. 5 del reg. UE n. 376/2014.

Il *Report* obbligatorio, o *mandatory occurrence report*, impone un preciso obbligo giuridico a taluni degli operatori del mondo *aviation*¹¹ e, in particolare, alle società aeronautiche cui questi appartengono¹². Tale obbligo si estrinseca nel segnalare ogni evento relativo alla *safety*¹³ – rientrante in determinate categorie (si veda la nota 14 per un'elencazione delle categorie di evento) – al “sistema di raccolta ed analisi dei *report*” istituito all'interno della società/organizzazione aeronautica in cui il predetto soggetto opera. Infatti, in forza degli artt. 4 co. 2 e art. 5 co. 7 del reg. UE n. 376/2014, ogni organizzazione aeronautica ha l'obbligo di dotarsi di un sistema di raccolta e analisi dei *report* al fine di implementare la *safety* (su questa parte si tornerà nel prosieguo del presente articolo).

Al fine di rendere tali comunicazioni più facilmente fruibili e interscambiabili, sia a livello nazionale sia a livello europeo, il legislatore europeo si è premurato di dettare stringenti requisiti di forma per il *Report*: l'art. 7 del reg. UE n. 376/2014, infatti, si occupa di disciplinare “Qualità e contenuto delle segnalazioni di eventi”. Non è questa la sede per addentrarsi in tecnicismi che non rilevano per lo scopo del presente elaborato, ma occorre

sottolineare che è previsto un formato standardizzato all'art. 7 co. 4: «formati: a) standardizzati al fine di facilitare lo scambio di informazioni; e b) compatibili con il software Eccairs e con la tassonomia ADREP» (la tassonomia ADREP o ACCIDENT/INCIDENT DATA REPORTING è il linguaggio internazionalmente accettato recepito da ICAO¹⁴ – International Civil Aviation Organization – finalizzato all'averne uno standard di classificazione degli eventi aeronautici nelle loro varie categorie). Altresì, merita di essere sottolineato che all'interno del medesimo reg. UE n. 376/2014 esiste un allegato integralmente dedicato alla struttura dei *report*¹⁵.

A questo punto, una volta chiarito il quadro operativo generale, è opportuno soffermarsi sulla figura del *Report* volontario. Detta attività di *reporting*, contrariamente a quella prevista dall'art. 4 del reg. UE n. 376/2014, non risulta presidiata da un obbligo giuridico coercibile. Tuttavia, dal momento che la raccolta di informazioni afferenti alla tematica della *safety* è di fondamentale importanza, il legislatore europeo ha ritenuto di normare anche l'aspetto delle segnalazioni volontarie. Invero, l'art. 5 del predetto regolamento europeo al comma 1 afferma che:

Ciascuna organizzazione stabilita in uno Stato membro istituisce un sistema di segnalazione spontanea allo scopo di facilitare la raccolta di: a) informazioni dettagliate di eventi che potrebbero non essere rilevati dal sistema di segnalazione obbligatoria; b) altre informazioni in materia di sicurezza che l'informatore ritiene rappresentino o possano rappresentare un pericolo per la sicurezza aerea.

Da ciò discende, *in primis*, che le società operanti nel settore *aviation* debbono dotarsi di un sistema di raccolta e analisi sia delle segnalazioni obbligatorie che delle segnalazioni spontanee (su questo aspetto si tornerà nel prosieguo della disamina); *in secundis*, che le segnalazioni spontanee possono dividersi sostanzialmente in due macro categorie: la prima afferisce agli eventi di cui all'art. 4 co. 1 del reg. UE n. 376/2014, quando vengono segnalati da soggetti non gravati dall'onere di segnalazione di cui all'art. 4 co. 6; la seconda categoria, invece, considera tutti quegli eventi che non rientrano nel novero dell'art. 4 co. 1 e del reg. UE n. 376/2014 e che, pertanto, possono essere segnalati da chiunque. Come già affermato in precedenza, il legislatore europeo tributa un'enorme utilità a ogni apporto alla *safety* e, infatti, ha disposto all'art. 5 co. 4 che anche i *Report* volontari utilizzino i sistemi di raccolta centralizzati per agevolare la massima diffusione delle informazioni ivi contenute. Infatti, il testo della norma, afferma: «sistemi di segnalazione spontanea sono usati per agevolare la raccolta di informazioni dettagliate su eventi e altre informazioni in materia di sicurezza: a) non soggette alla segnalazione obbligatoria a norma dell'articolo 4, paragrafo 1; b) segnalate da persone non elencate nell'articolo 4, paragrafo 6». La modulistica prevista per i *Report* volontari è analoga a quella prevista per il *Report* obbligatorio inoltre, per rimarcare l'importanza dei primi, il

legislatore europeo ha statuito che gli enti preposti a ricevere le segnalazioni volontarie siano i medesimi destinatari di quelli obbligatori.

Orbene, ultimata questa breve disamina sui *report* in materia di *safety* aeronautica, è necessario rimarcare come i predetti *report* abbiano una funzione fondamentale per la corretta gestione delle attività di *risk assessment* e *risk management* delle società coinvolte nel mondo *aviation*. Invero, tali attività di corretta gestione del rischio, pur essendo patrimonio comune di ogni società, indipendentemente dal settore cui la stessa afferisce, presentano nel mondo aeronautico delle peculiarità che non possono essere trascurate¹⁶, posto lo stretto tempo entro cui debbono essere trattati e analizzati i report ed entro cui debbono essere individuati i correttivi di cui all'art. 13 co. 2 e co. 3, reg. UE 376/2014. Sul punto, peraltro, si deve rimarcare come la disciplina di settore sia stata oggetto di recenti interventi normativi che hanno imposto un globale ripensamento delle metodologie di valutazione del rischio dei *player* aeronautici. Invero, nel 2021 ci sono stati degli importanti interventi normativi europei a seguito dei quali sono stati modificati sia il *Safety Management System*¹⁷ – imposto nelle organizzazioni aeronautiche dall'art. 9 Direttiva UE 798/2016 – ma, soprattutto, è stato introdotto il sistema europeo di classificazione dei rischi¹⁸ (ERCS) di prossima applicazione su larga scala. Tale sistema è idoneo a rappresentare una svolta nella classificazione e nell'analisi degli “eventi aeronautici”; la sua importanza è stata preannunciata a suo tempo dall'art. 7, co. 5 del reg. UE n. 376/2014, il quale afferma che:

La Commissione, in stretta cooperazione con gli Stati membri e con l'Agenzia (*ndr*, EASA – *European Aviation Safety Agency*) tramite la rete di analisti della sicurezza aerea di cui all'articolo 14, paragrafo 2, sviluppa un sistema comune europeo per la classificazione dei rischi al fine di consentire alle organizzazioni, agli Stati membri e all'Agenzia di classificare gli eventi in funzione dei rischi per la sicurezza.

Ciò posto è necessario spendere qualche parola sul tale strumento di matrice europea. Il sistema ERCS si prefigge l'ambizioso scopo di unificare tutti i parametri di analisi e valutazione degli “eventi aeronautici” in modo che da un singolo evento tutti gli Stati membri dell'Unione Europea, o aderenti ad EASA – fanno parte di EASA anche stati che non appartengono all'Unione Europea –, possano ottenere delle raccomandazioni omogenee e immediatamente spendibili. Risulta infatti evidente che, se ciascuno Stato analizzasse gli “eventi aeronautici” con strumenti autonomi di valutazione del rischio, da un evento identico potrebbero derivare delle risposte assolutamente diverse e disomogenee, vanificando l'utilità di un sistema di raccolta dati centralizzato a livello europeo. In forza del predetto art. 7, reg. UE n. 376/2014, anche se con qualche anno di ritardo rispetto alla previsione del regolamento in parola¹⁹, è stato adottato il reg. UE n. 2034/2020 che norma specificamente il sistema europeo di classificazione del rischio

(ERCS). Invero, il predetto regolamento delegato, dopo aver definito l'ERCS all'art. 2, co. 1, n. 1 come: «la metodologia applicata per valutare, sotto forma di un punteggio di rischio per la sicurezza, il rischio per l'aviazione civile derivante da un evento», all'art. 3 esplicita come: «L'ERCS prende in considerazione il rischio per la sicurezza derivante da un evento e non il suo esito effettivo. In base alla valutazione di ciascun evento si determina l'esito peggiore possibile che l'evento avrebbe potuto provocare in caso di incidente e quanto l'evento si sia avvicinato a tale esito». Il predetto regolamento europeo, al fine di ottenere uniformità di valutazione e un'efficace prevenzione del rischio, ha previsto di applicare il sistema ERCS attraverso una matrice di rischio²⁰, la quale viene calcolata su valori che vengono stabiliti all'interno dell'unico allegato al reg. UE n. 2034/2020, su cui, per lo scopo del presente elaborato, non è necessario soffermarsi oltre.

3. Il ruolo dell'*Authority* designata dal reg. UE 376/2014 quale organismo di vigilanza

Orbene, una volta esplicitato l'obbligo giuridico posto in carico alle società *aviation* in relazione alla predisposizione di sistemi di raccolta e analisi dei report in materia di *safety*, è opportuno ribadire che tali dati non devono e non possono rimanere finì a sé stessi. Invero, come precedentemente accennato, tali *report* devono essere trasmessi a un ente di vigilanza che a sua volta li deve analizzare e trasmettere a un diverso ente sovraordinato europeo. Tale obbligo giuridico di trasmissione a un'autorità competente dei dati raccolti in materia di *safety* aeronautica è rinvenibile all'interno dell'art. 6, co. 3 del reg. UE n. 376/2014²¹, il quale cristallizza, altresì, i criteri mediante i quali rinvenire la *competent Authority* ai sensi del reg. UE n. 376/2014. La *competent Authority* non è il depositario finale dei *report*/segnalazioni²² in quanto lo stesso regolamento prevede che debba essere istituito un sistema centralizzato per la raccolta e l'elaborazione dei dati afferenti la *safety* ai sensi dell'art. 14 del reg. UE 376/2014, rubricato: «Analisi e monitoraggio degli eventi a livello di Unione».

Una volta individuato l'obbligo giuridico di raccolta, analisi e trasmissione dei *report* in capo alle società operanti nel mondo *aviation* è opportuno interrogarsi sulla *competent Authority* italiana, sulla sua natura giuridica e sulle sue funzioni, sia in relazione alla normativa italiana che ai poteri attribuiti dal legislatore euro-unitario.

Sul punto è doveroso rimarcare come, a livello nazionale, vi sia già un ente pubblico competente in materia di regolamentazione, controllo e vigilanza dell'aviazione civile e questo soggetto è l'ENAC²³, istituito dallo Stato italiano nel 1997: «È istituito l'Ente nazionale per l'aviazione civile (E.N.A.C.), ente pubblico non economico dotato di autonomia regolamentare, organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile e finanziaria. L'E.N.A.C. è sottoposto all'indirizzo, vigilanza e controllo del Ministro dei

trasporti e della navigazione» (art. 1 del D.lgs. n. 250/1997). L'ENAC, sia sulla base del Decreto legislativo che lo ha istituito, sia sulla base delle previsioni del Codice della navigazione, sembra dover essere correttamente incasellato nella categoria "ente di vigilanza". Invero, nel D.lgs. 250/1997, all'art. 2 co. 1 lett. A), viene esplicitato che l'ENAC ha funzioni di: «regolamentazione tecnica ed attività ispettiva, sanzionatoria, di certificazione, di autorizzazione, di coordinamento e di controllo, nonché tenuta dei registri e degli albi nelle materie di competenza», secondariamente il Codice della navigazione²⁴ ha ribadito ed ampliato la funzione di vigilanza dell'ENAC. Invero, l'art. 687 cod. nav., rubricato: «Amministrazione dell'aviazione civile», afferma che:

L'Ente nazionale per l'aviazione civile (ENAC), nel rispetto dei poteri di indirizzo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, nonché fatte salve le competenze specifiche degli altri enti aeronautici, agisce come unica autorità di regolazione tecnica, certificazione e vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile, mediante le proprie strutture centrali e periferiche, e cura la presenza e l'applicazione di sistemi di qualità aeronautica rispondenti ai regolamenti comunitari. Le attribuzioni e l'organizzazione dell'ENAC e degli altri enti aeronautici sono disciplinate dalle rispettive norme istitutive, nonché dalle norme statutarie ed organizzative.

In base al combinato disposto di tali norme non si può che ritenere l'ENAC un'autorità di vigilanza a tutti gli effetti nel mondo aeronautico, sia per quanto concerne i fenomeni *safety* e propriamente *aviation*, sia per ambiti più propriamente economici ma comunque connessi al mondo dell'aviazione civile²⁵ come, ad esempio, i piani di sviluppo aeroportuale o la concessione di certificazioni e autorizzazioni.

Sempre avendo riguardo al ruolo di ENAC, a livello nazionale, è opportuno rimarcare che il Decreto Ministeriale (dell'allora Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) del 21 luglio 2009, n. 628, relativo alla «Designazione dell'autorità responsabile del coordinamento e del monitoraggio dell'attuazione delle norme fondamentali comuni in tema di sicurezza dell'Aviazione Civile» ha ulteriormente ribadito il ruolo di ENAC in ambito *safety* e *security*²⁶. Tale qualifica è stata ribadita dal Programma Nazionale per la *Safety* dell'Aviazione Civile emanato dal Ministero²⁷, in cui, al punto 4.4.1, così si afferma:

Oltre agli obiettivi e i parametri di *Safety* e qualità dei servizi da rendere, Enav S.p.A. – in accordo al Regolamento (UE) n. 376/2014, ha implementato un proprio sistema di *Occurrence Reporting* e opera affinché tutti gli inconvenienti di *Safety* conosciuti siano trasmessi alle Competenti Autorità, ENAC e/o ANSV, garantendo l'analisi, il controllo di qualità, la conservazione e la protezione dei segnalatori per tutti gli inconvenienti oggetto di segnalazione ai sensi del Regolamento (UE) n. 2015/1018, avendo cura di tenere traccia dei risultati delle indagini.

Tale concetto è altresì ribadito al punto 5.6 del Programma Nazionale per la *Safety* dell'Aviazione Civile, il quale afferma che:

Il regolamento (EU) 376/2014 prevede, inoltre, l'obbligo della segnalazione anche da parte dei piloti privati e la *risk classification* degli eventi. Esso istituisce quindi un sistema di segnalazione obbligatoria degli eventi affidato all'ENAC ed uno di segnalazione volontaria di eventi non ricompresi tra quelli oggetto della segnalazione obbligatoria ma che secondo i soggetti informatori rappresentino o possano rappresentare un rischio per la *Safety* della navigazione aerea, affidato invece all'ANSV.

Alla luce di quanto sopraesposto non si può dubitare né che l'ENAC sia un organismo di vigilanza, né che lo stesso sia *competent Authority* per quanto concerne il reg. UE n. 376/2014. Tuttavia, le predette considerazioni hanno un notevole risvolto pratico in ordine agli obblighi in capo alle società operanti nel mondo *aviation* giacché quanto precedentemente affermato getta le basi per un opportuno ripensamento delle responsabilità in campo aziendale per la normativa *safety*.

4. La configurabilità dell'art. 2638 c.c. in relazione agli obblighi di segnalazione in capo ai singoli ed alle società *aviation*

L'art. 21 del reg. UE n. 376/2014²⁸ prevede che, in forza del ruolo preminente tributato alla *safety* nel mondo dell'aviazione civile, le sanzioni poste a presidio del regolamento in parola debbano essere "dissuasive"; o meglio, in termini più penalistici, le predette sanzioni dovrebbero avere una funzione general-preventiva. Orbene, in presenza di un rilievo mosso dall'Unione europea nei confronti dell'Italia, connesso proprio alla mancata ottemperanza dell'art. 21 del reg. UE n. 376/2014, ci si è interrogati al fine di verificare se fosse davvero necessario un intervento legislativo o se, all'interno del *corpus* normativo attualmente vigente, non fossero reperibili delle norme sanzionatorie rispondenti alle esigenze imposte dalla normativa euro-unitaria.

Inizialmente, al fine di ottemperare al predetto obbligo, è stato ipotizzato un richiamo alla parte terza del Codice della navigazione, rubricata «Disposizioni Penali e Disciplinari». Invero, l'art. 1174 cod. nav., pur non essendo una sanzione penale *stricto sensu* in quanto oramai delinea una sanzione amministrativa, statuisce che: «Chiunque non osserva una disposizione di legge o di regolamento, ovvero un provvedimento legalmente dato dall'autorità competente in materia di polizia dei porti o degli aeroporti, è punito, se il fatto non costituisce reato, con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 1.032,00 a euro 6.197,00». Il predetto dettato normativo potrebbe andare, dunque, a presidiare anche l'applicazione dell'art. 16, co. 9 del reg. UE n. 376/2014. Inoltre, parrebbe dare una risposta alle esigenze general-preventive in virtù dell'art. 1175 cod. nav., il quale risulta connesso all'art. 1174 cod. nav. Infatti, un'affermazione di responsabilità – per la violazione del reg. UE n. 376/2014 – ai sensi dell'art. 1174 cod. nav. avrebbe l'ulteriore effetto di rendere applicabile l'art. 1175 di detto codice, il quale

prevede che: «La violazione degli articoli 1170, 1173 e 1174 importa l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria della sospensione dai titoli o dalla professione». La sanzione in esso estrinsecata, ancorché non avente natura direttamente economica, risulterebbe un importante deterrente alla violazione del regolamento europeo in quanto impedirebbe all'ente o al soggetto persona fisica (a seconda dei casi) di esercitare l'attività lavorativa, il che cagionerebbe un danno economico di rilevantissima gravità.

Tuttavia, la sanzione ipotizzata potrebbe non risultare dotata dell'effettività e della proporzionalità richieste dall'art. 21 del predetto regolamento europeo. Infatti, malgrado il combinato disposto di cui agli artt. 1174 e 1175 cod. nav. paia in astratto ampiamente dissuasivo, la normativa di riferimento per l'applicazione delle predette sanzioni²⁹ rischia di rendere non effettiva la misura di cui all'art. 1175 cod. nav. Infatti, l'art. 16 della Legge 689/81³⁰ prevede che, a fronte di un pagamento in misura ridotta ossia pari ad un terzo del massimo della pena pecuniaria prevista, il procedimento sanzionatorio si estingua senza perciò giungere alla sua naturale conclusione. Tale estinzione, però, comporterebbe il venir meno dei presupposti per l'emissione di un provvedimento certificativo della violazione e quindi applicativo della sanzione di cui al 1174 cod. nav. Sicché, ai sensi dell'art. 20 della Legge 689/81³¹, non essendovi un provvedimento applicativo dell'art. 1174 cod. nav., non sarebbe comminabile alcuna sanzione accessoria, tantomeno quella prevista dall'art. 1175 cod. nav. Per l'effetto, a fronte di una violazione del reg. UE n. 376/2014, il trasgressore ben potrebbe, mediante il pagamento di una sanzione pecuniaria in misura ridotta, rendere inapplicabile la vera misura punitiva-dissuasiva, ossia la sanzione amministrativa accessoria di cui all'art. 1175 cod. nav.

Tuttavia, prima di considerare conclusa la disquisizione sulle sanzioni, merita di essere rilevato come vi siano altre ipotesi sanzionatorie nell'ordinamento nazionale che potrebbero assolvere al compito imposto dalla normativa europea. Nel caso del c.d. crack Alitalia, è stata applicata una diversa ipotesi sanzionatoria più dissuasiva rispetto all'applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 1174 e 1175 cod. nav. Tale ipotesi è rinvenibile all'interno del codice civile, più nello specifico all'interno dell'art. 2638, co. 2. Tale norma penale *extra codicem* è stata ritenuta invocabile per sanzionare sia quelle condotte non rispondenti agli obblighi imposti dal reg. UE n. 376/2014, sia quelle condotte che impediscono oppure ostacolano la vigilanza di ENAC nell'ambito delle aree di vigilanza di sua competenza.

Prima di calare la norma prevista dal codice civile nel mondo aeronautico è d'uopo effettuare una preliminare disamina del delitto di cui all'art. 2638 c.c. a partire dall'elemento oggettivo della fattispecie. In dottrina l'orientamento prevalente ritiene che il bene giuridico oggetto della tutela penale sia da rinvenirsi nelle "funzioni di controllo delle attività delle autorità pubbliche di vigilanza"³², con particolare attenzione alla

funzione di controllo che tali organi sono demandati a svolgere privilegiando l'aspetto funzionale rispetto all'effettivo svolgimento della vigilanza stessa³³. Si può allora affermare che il bene giuridico tutelato non è tanto l'effetto che deriva dalla mancata vigilanza – che integri o meno un danno – ma l'interesse della collettività a che si renda possibile il corretto esercizio delle funzioni di vigilanza degli enti pubblici all'uopo preposti. Sempre con riferimento all'elemento oggettivo della fattispecie ma passando all'esame del comma secondo dell'art. 2638 c.c., è opportuno svolgere alcune ulteriori considerazioni che potrebbero anche condurre a rivalutare quanto testé affermato in relazione al comma 1. Il delitto di ostacolo, infatti, si configura come illecito causalmente orientato, fondato sul consapevole ostacolo delle funzioni di vigilanza che della fattispecie rappresenta l'evento naturalistico ed oggettivo, senza che però tale elemento sia oggetto di dolo specifico. Per effetto di ciò pare corretto affermare che l'elemento oggettivo si concretizzi allorché vi sia un effettivo ostacolo delle funzioni di vigilanza connesso a un comportamento volontario risultando sufficiente che l'aspetto volitivo sia orientato sull'evento che ha causato l'ostacolo anziché sull'ostacolo di funzione in sé e per sé considerato. Risulta imprescindibile, dunque, circoscrivere l'esatto perimetro del concetto di "ostacolo" alle funzioni di vigilanza. In giurisprudenza, si ritiene che l'ostacolo sia una difficoltà nello svolgimento della funzione differente dal mero ritardo, il quale viene considerato tale se non rilevante ritardo. Recentemente il Supremo Collegio ha avuto modo di affermare:

L'evento del reato previsto dall'art. 2638, comma secondo, cod. civ., può essere integrato, oltre che dall'impedimento "in toto" dell'esercizio della funzione di vigilanza, dall'effettivo e rilevante ostacolo frapposto al dispiegarsi della funzione, con comportamenti di qualsiasi forma, comunque tali da determinare difficoltà di considerevole spessore o un significativo rallentamento – e non il mero ritardo – dell'attività di controllo³⁴.

Dunque, il concetto di "ostacolo", quale elemento oggettivo della fattispecie penale di cui all'art. 2638 c.c., assume nel primo comma un valore tale che il delitto in parola appare un reato di mera condotta, mentre dalla lettura del secondo comma pare richiedersi un effettivo e rilevante "ostacolo" alle funzioni di vigilanza. Dirimente, sul punto, una recente sentenza della Cassazione, la quale afferma che:

Il delitto di cui al 1° comma dell'art. 2638 c.c., è un reato di mera condotta, integrato sia dall'omessa comunicazione di informazioni dovute che dal ricorso a mezzi fraudolenti volti ad occultare l'esistenza di fatti rilevanti per la situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società, mentre il reato previsto dal 2° comma è un delitto di evento che richiede la verifica di un effettivo e rilevante ostacolo alla funzione di vigilanza, quale conseguenza di una condotta che può assumere qualsiasi forma, tra cui anche la mera omessa comunicazione di informazioni dovute; sicché, ove la condotta illecita si concretizzi nella omessa comunicazione alle autorità di vigilanza di informazioni dovute, è configurabile un

concorso formale di reati eterogeneo, caratterizzato, cioè, dalla contemporanea violazione di diverse disposizioni di legge con una sola omissione, conformemente alla previsione dell'art. 81, comma I, c.p.³⁵.

Di converso, in dottrina si registrano opinioni tra loro diametralmente opposte: da un lato, vi è chi ne sottolinea l'indeterminatezza³⁶, e dall'altro chi, pur riconoscendo l'ampiezza della fattispecie, ritiene quale impedimento dell'esercizio delle funzioni di vigilanza i comportamenti ostruzionistici o di mancata collaborazione, come l'opposizione a ispezioni, ovvero il ritardo ingiustificato o il comportamento pretestuoso nella trasmissione di documenti³⁷, ritenendo l'ostacolo rilevante per l'integrazione della fattispecie tutti quegli ostacoli non momentanei e non irrilevanti, comunque intesi.

Gli argomenti addotti da quest'ultima parte della dottrina appaiono più convincenti in considerazione del fatto che in un reato a forma libera l'ostacolo può sostanziarsi "in qualsiasi forma" in maniera peraltro non dissimile dall'abrogato art. 2639 n. 3 c.c.³⁸, il quale delineava un tipico esempio di condotta "a forma libera" ove l'impedimento poteva, infatti, essere rappresentato da qualsiasi tipo di comportamento, commissivo ed omissivo, che avesse come risultato finale l'impossibilità di procedere al controllo della gestione sociale.

La condotta, quindi, potrà concretizzarsi in diversi comportamenti: ostruzionismo, opposizione, mancata collaborazione, distruzione od occultamento di documenti, trasmissione di notizie con modalità tali da intralciare o ritardare la funzione di controllo, o che impediscano o rendano difficoltoso l'esercizio delle funzioni di vigilanza³⁹.

Nel merito di questa disamina, dunque, si può concludere che anche l'omessa tenuta di documentazione la cui raccolta, analisi e trasferimento all'autorità di vigilanza rappresenti un obbligo giuridico per taluni soggetti (nella specie, in forza del reg. UE n. 376/2014 in materia di *Report*) possa comportare l'integrazione della fattispecie penalmente rilevante di cui all'art. 2638 c.c.

Ciò detto, non si può trascurare l'esame dei criteri necessari per l'individuazione degli enti titolari della funzione di vigilanza così come descritti dalla fattispecie penale. Il legislatore, invero, ha optato per un richiamo generico alle autorità pubbliche di vigilanza, senza specificare se con tale locuzione abbia voluto riferirsi alle sole autorità operanti nell'ambito dei mercati finanziari, individuate storicamente in Consob, Banca d'Italia e ISVAP, ovvero indistintamente a tutte le autorità amministrative che progressivamente sono venute ad esistenza nel nostro ordinamento⁴⁰. Nell'incertezza creata dalla lettera della norma prevale, sia in dottrina che in giurisprudenza, l'orientamento che riferisce l'art. 2638 c.c. ad ogni autorità di vigilanza, a condizione che sia "pubblica", con ciò ponendo in evidenza il nuovo carattere generale che la fattispecie viene ad assumere. Le autorità pubbliche cui fa riferimento la norma vengono individuate, quindi, in tutte quelle

operanti nel nostro ordinamento, purché il termine “vigilanza” si concretizzi in un potere di tipo ispettivo. Rientrano nel novero, perciò, oltre alla Consob e alla Banca d'Italia, anche il Garante della concorrenza, il Garante delle comunicazioni, l'ISVAP e il Garante per la protezione dei dati personali. Non vi rientrano, invece, quelle autorità che, prive di quei poteri di vigilanza come indicati, svolgano un compito di sola regolamentazione di un'attività, quale ad esempio l'attività di regolamentazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla L. 14.11.1995, n. 481. Posto che ENAC è esplicitamente dotata di poteri di vigilanza come affermato dall'art. 687 cod. nav., ne discende che essa deve essere considerata a pieno titolo tra gli enti pubblici di vigilanza il cui ostacolo al controllo può dar luogo all'art. 2638 c.c.

In conclusione, al pari di quanto è avvenuto in relazione alla Federazione Italiana Giuoco Calcio, posto che la Suprema Corte ha tributato alla FIGC il ruolo di ente pubblico di vigilanza in relazione al quale può configurarsi il delitto di: Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza⁴¹, si può affermare che l'art. 2638 co. 2 c.c. potrebbe essere applicabile in relazione alle omissioni commesse nell'ambito delle realtà societarie⁴² del settore *aviation* qualora non vengano adempiuti gli obblighi di raccolta dei *Report*, siano essi obbligatori e volontari, e della conseguente trasmissione ex art. 13 reg. UE n. 376/2014, ovvero gli stessi vengano elaborati con criteri differenti rispetto a quelli previsti dal sistema ERCS o utilizzino una tassonomia differente rispetto a quella ADREP⁴³. Per l'effetto, pur essendo un reato inserito nel novero degli illeciti societari, l'art. 2638 c.c. pare essere applicabile anche al contesto operativo del reg. UE n. 376/2014, il quale, a ben vedere, trova la sua naturale applicazione proprio in un contesto di natura imprenditoriale/societaria.

Per quanto concerne, invece, i risvolti in materia 231 e quindi la responsabilità dipendente da reato degli enti del mondo *aviation*, merita di essere brevemente rimarcato che, anche avuto riguardo l'aspetto connesso alla dissuasività della sanzione ex art. 21 del reg. UE n. 376/2014, qualora una società non predisponga un idoneo strumento di prevenzione di tale fattispecie criminosa (*rectius* un sistema di *reporting* in linea con le prescrizioni europee appena aggiornate), alla stessa, ai sensi dell'art. 25^{ter} lett. S) del D.lgs. n. 231/2001⁴⁴ potrebbe essere contestato un illecito da reato. La violazione in parola sarebbe, con tutta probabilità, connessa al vantaggio economico che la società si garantirebbe grazie al risparmio sui mancati costi per non aver adottato né i sistemi informatici e le risorse umane utili ad elaborare le segnalazioni, né i costosi correttivi che emergerebbero dalla segnalazione. Ciò posto, sarebbe applicabile la sanzione parapenale prevista dal d.lgs. 231/2001, nonché le misure interdittive, le quali, almeno per una buona fetta delle società *aviation*, avrebbero effetti anche più dirompenti di una pur severa sanzione pecuniaria⁴⁵ (che può giungere fino a euro 1.239.200,00). Sempre sul

punto merita di essere evidenziato come la contestazione ex d.lgs. n. 231/2001 avrebbe l'effetto di imporre all'ente l'obbligo di predisporre/adeguare il proprio modello di prevenzione dei reati, attuando degli idonei strumenti di vigilanza e di cooperazione al fine di evitare il ripetersi dell'evento illecito e quindi, *de facto*, applicando il reg. UE n. 376/2014. A ciò si aggiunga la pesante sanzione pecuniaria.

5. Conclusioni

Partendo da quella che è la struttura della fattispecie di cui all'art. 2638 c.c. ed i suoi elementi tipici, si può rilevare *in primis* che l'ENAC – quale *competent authority* designata in materia di *Just Culture* – ai sensi del D.lgs. 250/1997 e dell'art. 687 cod. nav. risulti essere l'unica autorità di vigilanza in tema di sicurezza della navigazione aerea.

Inoltre, una fonte equiparata alla legge – su tutti spiccano gli artt. 5 e 13 del reg. UE n. 376/2014 – prevede degli obblighi di comunicazione con la predetta autorità di vigilanza che gravano su dei soggetti incasellati all'interno di un organigramma societario. Sicché, il fatto che l'art. 2638 co. 2 c.c. si configuri come reato proprio non sembra avere una notevole incidenza nel caso di specie, in quanto la norma non trova applicazione soltanto nei confronti del novero di quei soggetti tipicamente indicati nell'incipit dell'articolo (così come per gli altri reati societari, invero la norma è rivolta innanzitutto agli amministratori, direttori generali, sindaci, etc.), ma anche verso tutti «gli altri soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi (*ndr*, nei confronti dell'autorità di vigilanza)». Pertanto, anche un *accountable manager* o un *safety manager*, così come un *first line operator*, potrebbero essere i soggetti attivi della fattispecie criminosa (per non parlare di tutti i soggetti che ricoprono di fatti i ruoli propriamente determinati dall'art. 2638 c.c., che risponderebbero ex art. 2639 c.c. sebbene sprovvisti di formale investitura). Ciò posto, stanti gli obblighi di comunicazione necessari e strumentali rispetto all'esercizio dell'attività di vigilanza, l'art. 2638, co. 2 c.c. sarebbe astrattamente applicabile sia ai soggetti obbligati ex art. 5 del reg. UE n. 376/2014 (*rectius first line operators*) che non segnalassero gli eventi per cui è previsto il *report* obbligatorio, sia ai soggetti preposti all'interno della società che non inviassero le comunicazioni di cui all'art. 13 del reg. UE n. 376/2014, nonché alle società *ex se*, vista l'annoverazione dell'art. 2638 c.c. nel catalogo dei reati presupposto ai fini del d.lgs. 231/01. Pertanto, anche in relazione all'implemento del sistema ERCS ed alle recenti novità normative in campo aeronautico, sarebbe quantomeno opportuna una rivalutazione della adeguatezza dei modelli 231 delle società operanti in ambito *aviation*, specialmente alla luce dei recenti casi giudiziari che, come descritto, stanno vedendo l'applicazione dell'art. 2638 c.c. in relazione al mondo aeronautico.

Note

1. Regolamento (UE) 1139/2018 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 luglio 2018 recante norme comuni nel settore dell'aviazione civile, che istituisce un'Agenzia dell'Unione europea per la sicurezza aerea e che modifica i regolamenti (CE) n. 2111/2005, (CE) n. 1008/2008, (UE) n. 996/2010, (UE) n. 376/2014 e le direttive 2014/30/UE e 2014/53/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, e abroga i regolamenti (CE) n. 552/2004 e (CE) n. 216/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CEE) n. 3922/91 del Consiglio; Regolamento Delegato (UE) 2034/2020 della Commissione del 6 ottobre 2020 che integra il regolamento (UE) n. 376/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda il sistema comune europeo per la classificazione dei rischi (Testo rilevante ai fini del SEE).
2. Direttiva (UE) 1937/2019 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione.
3. Per quanto concerne il *software* da utilizzarsi obbligatoriamente per la segnalazione degli eventi aeronautici, deve essere rimarcato che, non senza qualche difficoltà, dal 01 gennaio 2022 si è passati dal portale ECCAIRS gestito dal JRC (EC) alla nuova piattaforma ECCAIRS 2.0 (*European Coordination Centre for Accident and Incident Reporting Systems*) <https://aviationreporting.eu/> sviluppata da (EASA, *European Aviation Safety Agency*) – <https://www.easa.europa.eu/> ovvero l'Agenzia Europea per la Sicurezza dell'Aviazione istituita con reg. (CE) n. 1592/2002 – il quale ha sostituito sia il precedente ECCAIRS sia il precedente sistema eE-MOR (electronic ENAC – Mandatory Occurrence Reporting) istituito dall'ENAC tramite la Circolare ENAC GEN_01D il quale veniva utilizzato in parallelo con il sistema ECCAIRS.
4. Regolamento (UE) n. 376/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014 concernente la segnalazione, l'analisi e il monitoraggio di eventi nel settore dell'aviazione civile, che modifica il regolamento (UE) n. 996/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 2003/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e i regolamenti (CE) n. 1321/2007 e (CE) n. 1330/2007 della Commissione.
5. In data 16/09/2022 il GUP del Tribunale di Civitavecchia ha disposto il rinvio a giudizio per il procedimento penale che ha ad oggetto la nota vicenda del crack Alitalia, con la prima udienza fissata per il 18 maggio 2023.
6. Per quanto concerne le strutture aziendali operanti nel settore *aviation* i regolamenti europei, a parere dello scrivente, impongono una serie di interventi all'interno del modello di gestione preventiva dei rischi, di concerto con quanto statuito dal D.lgs. n. 231/2001 all'interno della normativa italiana; dal S.M.S. (*Safety Management System*) imposto dall'art. 9 Direttiva UE 798/2016 per quanto attiene alla normativa di matrice europea; ed il già citato annesso 19 ICAO. La più rilevante tra le modifiche imposte al modello di organizzazione aziendale è il *reporting*. Quest'ultimo è, in breve, un insieme di procedure atte a segnalare agli organismi preposti dell'azienda stessa e dell'*Authority* gli "eventi aeronautici" intesi secondo i criteri di cui al reg. UE n. 996/2010.
7. In inglese il concetto di "sicurezza" è da considerarsi bipartito, la *security* è intesa come la capacità di resistere ad interferenze volontarie esterne, la *safety*, invece, è da intendersi come la capacità intrinseca del sistema di prevenire gli eventi pericolosi o dannosi.
8. I "segnali deboli", sono quegli eventi o condizioni, i quali di per sé stessi non rappresentano una problematica o una minaccia per la *safety*, ma sono indicatori di possibili carenze nelle procedure interne o nei sistemi di sicurezza, e se non corretti possono risultare parte della "traiettoria di opportunità" in grado di condurre all'evento nefasto.
9. J.T. REASON, *Managing the Risk of Organisational Accident*, Ashgate, 1997.

10. Swiss cheese model: Questa teoria, attraverso un modello immaginario descrive la struttura interna delle varie Organizzazioni utilizzando una similitudine in cui, le stesse, sono paragonate ad una serie di fette di formaggio svizzero (dotato pertanto di buchi di diverso diametro) disposte in linea retta. I buchi nelle fette di formaggio rappresentano le falle nelle barriere difensive del sistema; tali falle possono essere determinate da errori attivi dei soggetti agenti oppure da carenze sistemiche. Nel modello ipotizzato le predette fette di formaggio, non sono posizionate in maniera statica, ma si muovono e scivolano l'una sull'altra mediante continui moti irregolari che rappresentano le dinamiche dell'Organizzazione ed il suo modo di interfacciarsi con eventi esterni ed interni. Lo spostamento delle fette può determinare il casuale allineamento dei buchi e, qualora questo accadesse per l'intera retta disegnata dalle ipotetiche fette di formaggio, si verificherebbe ad ingenerare la cosiddetta "traiettoria delle opportunità" dell'incidente e per l'effetto si giungerebbe all'"evento".

11. Art. 4 co. 6 reg. UE n. 376/2014: «Le persone fisiche di seguito indicate segnalano gli eventi di cui al paragrafo 1 tramite il sistema istituito a norma del paragrafo 2 dall'organizzazione che si avvale, contratta o utilizza i servizi dell'informatore o, in alternativa, tramite il sistema istituito a norma del paragrafo 3 dallo Stato membro ove è stabilita la loro organizzazione o dallo Stato che ha emesso, convalidato o convertito la licenza del pilota, o tramite il sistema istituito a norma del paragrafo 4 dall'Agenzia: a) il pilota in comando, o, nei casi in cui il pilota in comando non possa segnalare l'evento, qualsiasi altro membro dell'equipaggio successivo nella catena di comando di un aeromobile immatricolato nell'Unione o di un aeromobile immatricolato al di fuori dell'Unione ma utilizzato da un operatore per il quale uno Stato membro assicura il controllo delle operazioni o da un operatore stabilito nell'Unione; b) la persona addetta alla progettazione, alla costruzione, al monitoraggio continuo dell'aeronavigabilità, alla manutenzione o alla modifica di un aeromobile, o di qualsiasi apparecchiatura o parte di esso, sotto il controllo di uno Stato membro o dell'Agenzia; c) la persona che firma un certificato di revisione dell'aeronavigabilità o un certificato di riammissione in servizio di un aeromobile, o di qualsiasi apparecchiatura o parte di esso, sotto il controllo di uno Stato membro o dell'Agenzia; d) la persona che svolge una funzione per la quale deve essere autorizzata da uno Stato membro quale membro del personale di un prestatore di servizi del traffico aereo con competenze relative ai servizi di navigazione aerea o quale addetto al servizio di informazione di volo; e) la persona che svolge una funzione connessa con la gestione della sicurezza di un aeroporto cui si applica il regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio; f) la persona che svolge una funzione connessa con l'installazione, la modifica, la manutenzione, la riparazione, la revisione, le prove di volo o l'ispezione di strutture della navigazione aerea delle quali uno Stato membro garantisce il controllo; g) la persona che svolge una funzione connessa con le manovre a terra dell'aeromobile, compresi il rifornimento di combustibile, la preparazione dei documenti di carico, le operazioni di carico, le operazioni antighiaccio e il rimorchio in un aeroporto contemplato dal regolamento (CE) n. 1008/2008».

12. Art. 13 co. 1 del reg. UE n. 376/2014: «Ciascuna organizzazione stabilita in uno Stato membro elabora una procedura per analizzare gli eventi raccolti a norma dell'articolo 4, paragrafo 2, e dell'articolo 5, paragrafo 1, al fine di individuare i rischi per la sicurezza associati a determinati eventi o gruppi di eventi. Sulla base di tale analisi ciascuna organizzazione stabilisce le eventuali opportune azioni correttive o preventive richieste, per migliorare la sicurezza aerea».

13. Art. 2 co. 1 reg. UE n. 996/2010 definisce quale incidente: «un evento, associato all'impiego di un aeromobile che, nel caso di un aeromobile con equipaggio, si verifica fra il momento in cui una persona si imbarca con l'intento di compiere un volo e il momento in cui tutte le persone che si sono imbarcate con la stessa intenzione sbarcano o, nel caso di un aeromobile a pilotaggio remoto, si verifica tra il momento in cui l'aeromobile è pronto a muoversi per compiere un volo e il momento in cui si arresta alla conclusione del volo e il sistema propulsivo principale viene spento, nel quale: [...] a) una persona riporti lesioni gravi o mortali per il fatto di: essere dentro l'aeromobile, oppure venire in contatto diretto con una parte qualsiasi

dell'aeromobile, comprese parti staccatesi dall'aeromobile stesso, oppure essere direttamente esposta al getto dei reattori, fatta eccezione per i casi in cui le lesioni siano dovute a cause naturali, siano auto inflitte o procurate da altre persone, oppure siano riportate da passeggeri clandestini nascosti fuori dalle zone normalmente accessibili ai passeggeri e all'equipaggio. b) l'aeromobile riporti un danno o un'avaria strutturale che comprometta la resistenza strutturale, le prestazioni o le caratteristiche di volo dell'aeromobile e richieda generalmente una riparazione importante o la sostituzione dell'elemento danneggiato, fatta eccezione per guasti o avarie al motore, quando il danno sia limitato al motore stesso, (ivi compresa la cappottatura o gli accessori), alle eliche, alle estremità alari, alle antenne, alle sonde, alle alette antiscorrimento, ai pneumatici, ai dispositivi di frenatura, alle ruote, alla carenatura, ai pannelli, ai portelloni del carrello di atterraggio, ai parabrezza, al rivestimento dell'aeromobile (quali piccole ammaccature o fori), o a danni di scarsa entità alle pale del rotore principale, alle pale del rotore di coda, al carrello di atterraggio, e per i danni provocati dall'impatto di grandine o di uccelli (tra cui fori nel radome); c) l'aeromobile sia scomparso o sia completamente inaccessibile». L'art. 2 co. 7 reg. UE n. 996/2010 definisce quale inconveniente: «un evento, diverso da un incidente, associato all'impiego di un aeromobile, che pregiudichi o possa pregiudicare la sicurezza delle operazioni». L'art. 2 co. 16 reg. UE n. 996/2010 definisce quale inconveniente grave: «un inconveniente associato all'impiego di un aeromobile le cui circostanze rivelino che esisteva un'alta probabilità che si verificasse un incidente tra il momento in cui, nel caso di un aeromobile con equipaggio, una persona si imbarca con l'intento di compiere un volo e il momento in cui tutte le persone che si sono imbarcate con la stessa intenzione sbarcano o tra il momento in cui, nel caso di un aeromobile a pilotaggio remoto, l'aeromobile è pronto a muoversi per compiere un volo e il momento in cui si arresta alla conclusione del volo e il sistema di propulsione principale viene spento».

14. ICAO – International Civil Aviation Organization <https://www.icao.int/about-icao/Pages/default.aspx> – nasce come consiglio provvisorio in seno all'Assemblea per l'Aviazione Civile Internazionale tenutasi a Chicago tra il primo novembre ed il 7 dicembre del 1944 (convenzione di Chicago), cui aderirono 52 paesi di tutto il mondo, fino a raggiungere gli attuali 193, ed ha la sua sede a Montréal. La Convenzione ICAO è composta di 96 articoli e si divide in quattro parti: *Air Navigation; The International Civil Aviation Organisation; International Air Transport; Final provision*. La convenzione ICAO è costituita, inoltre, dai cosiddetti annessi o Allegati Tecnici alla Convenzione di Chicago; detti documenti hanno un uguale valore normativo rispetto alla Convenzione stessa e sono dedicati a settori specifici dell'aviazione e forniscono un parametro normativo internazionale riconosciuto in tutto il mondo, inoltre gli annessi ICAO, nell'Ordinamento Italiano hanno valore di legge ai sensi dell'art. 690 cod. nav.

15. Allegato I al reg. UE n. 376/2014.

16. Art. 13 co. 1, 2 e 3 reg. UE n. 376/2014: «Sulla base di tale analisi ciascuna organizzazione stabilisce le eventuali opportune azioni correttive o preventive richieste, per migliorare la sicurezza aerea. 2. Quando, in seguito alle analisi di cui al paragrafo 1, un'organizzazione stabilita in uno Stato membro individua le eventuali azioni correttive o preventive opportune necessarie per ovviare a carenze effettive o potenziali in materia di sicurezza aerea: a) attua tempestivamente tali azioni; e b) istituisce una procedura per monitorare l'attuazione e l'efficacia delle azioni. 3. Su base regolare ogni organizzazione stabilita in uno Stato membro comunica ai suoi dipendenti e al personale a contratto le informazioni relative all'analisi e al monitoraggio di eventi che formano oggetto di azioni preventive o correttive».

17. Regolamento di Esecuzione (UE) n. 1963/2021 della Commissione, dell'8 novembre 2021 che modifica il regolamento (UE) n. 1321/2014 per quanto riguarda i sistemi di gestione della sicurezza nelle imprese di manutenzione e che rettifica tale regolamento.

18. Il Regolamento Delegato UE n. 2034/2020, integrando il reg. UE 376/2014 ha delineato il sistema ERCS (sistema europeo di classificazione del rischio), il quale, però fino a poco tempo fa era poco più che un'ipotesi

programmatica, inquanto, ai fini della sua effettiva messa a regime erano necessarie delle norme secondarie, delle c.d. *Implementing Rules* che traducevano in pratica i concetti più generali contenuti nel regolamento delegato. Tali *Implementing Rules* sono state effettivamente pubblicate con il Regolamento UE n. 2082/2021 che ha previsto come data per l'entrata in vigore del sistema ERCS il 01/01/2023.

19. La scadenza originaria era prevista per il 15 maggio 2017.

20. La Matrice di Rischio è nota anche con i nomi di matrice di probabilità o matrice di impatto, ed altro non è che un diagramma che rappresenta visivamente i rischi associati ad un determinato processo lavorativo, tenendo in considerazione generalmente due tipologie di elementi: la gravità; la probabilità.

21. Art. 6 co. 3 reg UE n. 376/2014: «Ciascuno Stato membro designa una o più autorità competenti a istituire in modo indipendente un sistema di raccolta, valutazione, elaborazione, analisi e registrazione delle informazioni dettagliate sugli eventi segnalati a norma degli articoli 4 e 5. La gestione delle segnalazioni è effettuata allo scopo di impedire l'utilizzo delle informazioni per fini diversi dalla sicurezza ed essa tutela opportunamente la riservatezza dell'identità dell'informatore e delle persone menzionate in segnalazioni di eventi al fine di promuovere una 'cultura giusta'. Possono essere designate, conformemente al primo comma, congiuntamente o separatamente, le seguenti autorità: a) l'autorità nazionale dell'aviazione civile, e/o b) l'autorità investigativa per la sicurezza, e/o c) qualsiasi altro organismo o ente indipendente stabilito nell'Unione, incaricato di tale funzione. Qualora designi più di un organismo o ente, uno Stato membro indica uno di essi come punto di contatto per il trasferimento delle informazioni di cui all'articolo 8, paragrafo 2».

22. Art. 13 co. 5 reg UE n. 376/2014: «L'organizzazione certificata o autorizzata dall'Agenzia trasmette a quest'ultima i risultati finali dell'analisi, se richiesto, non appena disponibili e, in linea di principio, entro tre mesi a decorrere dalla data della comunicazione dell'evento. L'Agenzia può chiedere alle organizzazioni di trasmetterle i risultati preliminari o quelli finali dell'analisi di ogni evento comunicatole, ma in relazione al quale non ha ricevuto alcun monitoraggio o ha ricevuto solo i risultati preliminari».

23. D.Lgs. 25 luglio 1997, n. 250. Istituzione dell'Ente nazionale per l'aviazione civile (E.N.A.C.). Pubblicato nella Gazz. Uff. 31 luglio 1997, n. 177.

24. Testo dell'articolo come risultante dalle modifiche apportate prima dall' art. 1 punto 2 del D.lgs. 9 maggio 2005, n. 96, poi dall'art. 1, punti 1 e 2 del D.lgs. 15 marzo 2006, n. 151.

25. Art. 2 co. 1 D.Lgs. n. 250/1997: «L'Ente nazionale per l'aviazione civile (E.N.A.C.), salvo quanto previsto nel comma 2, esercita le funzioni amministrative e tecniche già attribuite alla Direzione generale dell'aviazione civile (D.G.A.C.), al Registro aeronautico italiano (R.A.I.) ed all'Ente nazionale della gente dell'aria (E.N.G.A.) ed in particolare provvede ai seguenti compiti: a) regolamentazione tecnica ed attività ispettiva, sanzionatoria, di certificazione, di autorizzazione, di coordinamento e di controllo, nonché tenuta dei registri e degli albi nelle materie di competenza; b) razionalizzazione e modifica delle procedure attinenti ai servizi aeroportuali, secondo la normativa vigente ed in relazione ai compiti di garanzia, di indirizzo e programmazione esercitati; c) attività di coordinamento con l'Ente nazionale di assistenza al volo e con l'Aeronautica militare, nell'ambito delle rispettive competenze per le attività di assistenza al volo; d) rapporti con enti, società ed organismi nazionali ed internazionali che operano nel settore dell'aviazione civile e rappresentanza presso gli organismi internazionali, anche su delega del Ministro dei trasporti e della navigazione; e) istruttoria degli atti concernenti tariffe, tasse e diritti aeroportuali per l'adozione dei conseguenti provvedimenti del Ministro dei trasporti e della navigazione; f) definizione e controllo dei parametri di qualità dei servizi aeroportuali e di trasporto aereo nei limiti previsti dal regolamento di cui all'articolo 10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537; g) regolamentazione, esame e valutazione dei piani regolatori aeroportuali, dei programmi di intervento e dei piani di investimento aeroportuale, nonché eventuale partecipazione all'attività di gestione degli aeroporti di preminente interesse turistico e sociale, ovvero strategico economico».

26. Decreto Ministeriale del 21 luglio 2009, n. 628 Art. 1 – Designazione autorità competente – «Ai sensi dell'art. 9 del regolamento (CE) n. 300 del Parlamento europeo e del Consiglio 11 marzo 2008, l'ENAC è designato quale Autorità responsabile del coordinamento e del monitoraggio dell'attuazione delle norme fondamentali comuni in tema di sicurezza»; Art. 2 – Compiti dell'autorità competente – «Ai sensi degli articoli 10 e 11 del citato regolamento (CE) n. 300/2008, l'ENAC assicura la redazione, l'attuazione e l'aggiornamento del programma nazionale per la sicurezza dell'aviazione civile e del programma nazionale per il controllo di qualità della sicurezza dell'aviazione civile».

27. Programma Nazionale per la *Safety* dell'Aviazione Civile (*State Safety Programme*), firmato dal Direttore Generale di ENAC il 7 febbraio 2017 in ottemperanza a quanto previsto dall'Annesso 19 ICAO e liberamente reperibile presso il seguente collegamento ipertestuale: https://www.mit.gov.it/nfsmitgov/files/media/documentazione/2017-02/State_Safety_Programme_Italia_ed_3.pdf.

28. Art. 21 reg. UE 376/2014: «Gli Stati membri prevedono norme relative alle sanzioni da applicare in caso di violazione del presente regolamento. Le sanzioni previste sono effettive, proporzionate e dissuasive. Gli Stati membri notificano alla Commissione tali disposizioni e ogni loro modifica successiva».

29. Legge 24 novembre 1981, n. 689 Modifiche al sistema penale (GU Serie Generale n.329 del 30.11.1981 – Suppl. Ordinario).

30. Art. 16 Legge 24 novembre 1981 n. 689 – pagamento in misura ridotta –: «È ammesso il pagamento di una somma in misura ridotta pari alla terza parte del massimo della sanzione prevista per la violazione commessa, o, se più favorevole e qualora sia stabilito il minimo della sanzione edittale, pari al doppio del relativo importo, oltre alle spese del procedimento, entro il termine di sessanta giorni dalla contestazione immediata o, se questa non vi è stata, dalla notificazione degli estremi della violazione. Per le violazioni ai regolamenti ed alle ordinanze comunali e provinciali, la Giunta comunale o provinciale, all'interno del limite edittale minimo e massimo della sanzione prevista, può stabilire un diverso importo del pagamento in misura ridotta, in deroga alle disposizioni del primo comma. Il pagamento in misura ridotta è ammesso anche nei casi in cui le norme antecedenti all'entrata in vigore della presente legge non consentivano l'oblazione».

31. Art. 20 Legge 24 novembre 1981 n. 689 – sanzioni amministrative accessorie –: «L'autorità amministrativa con l'ordinanza-ingiunzione o il giudice penale con la sentenza di condanna nel caso previsto dall'art. 24, può applicare, come sanzioni amministrative, quelle previste dalle leggi vigenti, per le singole violazioni, come sanzioni penali accessorie, quando esse consistono nella privazione o sospensione di facoltà e diritti derivanti da provvedimenti dell'amministrazione. Le sanzioni amministrative accessorie non sono applicabili fino a che è pendente il giudizio di opposizione contro il provvedimento di condanna o, nel caso di connessione di cui all'art. 24 fino a che il provvedimento stesso non sia divenuto esecutivo. Le autorità stesse possono disporre la confisca amministrativa delle cose che servono o furono destinate a commettere la violazione e debbono disporre la confisca delle cose che ne sono il prodotto, sempre che le cose suddette appartengano a una delle persone cui è ingiunto il pagamento. In presenza di violazioni gravi o reiterate, in materia di tutela del lavoro, di igiene sui luoghi di lavoro e di prevenzione degli infortuni sul lavoro, è sempre disposta la confisca amministrativa delle cose che servono o furono destinate a commettere la violazione e delle cose che ne sono il prodotto, anche se non venga emessa l'ordinanza – ingiunzione di pagamento. La disposizione non si applica se la cosa appartiene a persona estranea alla violazione amministrativa. È sempre disposta la confisca amministrativa delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce violazione amministrativa, anche se non venga emessa l'ordinanza-ingiunzione di pagamento. La disposizione indicata nel comma precedente non si applica se la cosa appartiene a persona estranea alla violazione amministrativa e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione possono essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa».

- 32.** E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2002; C. SANTORIELLO, *Il nuovo diritto penale delle società*, Torino, 2003, *contra* B. ALBERTINI, *sub art. 2638*, in *I nuovi reati societari*, a cura di L. Cadoppi, Padova, 2002, che ravvisa il bene protetto nella veridicità e completezza dell'informazione societaria.
- 33.** R. ZANNOTTI, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza (art. 2638)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda, S. Seminara, Padova, 2002.
- 34.** Cass. pen., Sez. 5, Sentenza 29377 del 29/05/2019 – dep. 04/07/2019.
- 35.** Cass. pen., Sez. 5, Sentenza 42788 del 26/05/2017 – dep. 19/09/2017.
- 36.** R. ZANNOTTI, *op. cit.*
- 37.** E. MUSCO, *op. cit.*
- 38.** Oggi sostituito dall'art. 2625 c.c.: «Gli amministratori che, occultando documenti o con altri idonei artifici, impediscono o comunque ostacolano lo svolgimento delle attività di controllo legalmente attribuite ai soci o ad altri organi sociali, sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria fino a 10.329 euro. Se la condotta ha cagionato un danno ai soci, si applica la reclusione fino ad un anno e si procede a querela della persona offesa. La pena è raddoppiata se si tratta di società con titoli quotati in mercati regolamentati italiani o di altri Stati dell'Unione europea o diffusi tra il pubblico in misura rilevante ai sensi dell'articolo 116 del testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58».
- 39.** Sul punto è interessante notare la recente pronuncia della Suprema Corte che tende a circoscrivere l'elemento oggettivo della fattispecie «La condotta incriminata dall'art. 2638 cod. civ. si distingue da quella sanzionata in via amministrativa dall'art. 187-quinquiesdecies T.U.F. in quanto, mentre nel primo caso ad essere sanzionata è la violazione dell'obbligo di dichiarare il vero previsto dalla legge, perpetrata ricorrendo a mezzi fraudolenti ovvero omettendo la comunicazione di informazioni dovute, nel secondo caso viene in rilievo l'inosservanza del generico dovere di collaborazione con le autorità di vigilanza, non sacrificabile dall'interesse del singolo di sottrarsi alle conseguenze di un illecito» (Cass. pen., Sez. 5, Sentenza 3555 del 07/09/2021 – dep. 01/02/2022).
- 40.** G. LOVECCHIO MUSTI, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza (art. 2638)*, in *I reati societari*, a cura di A. Rossi, Torino, 2005, 245.
- 41.** Cass. pen., Sez. 5, Sentenza 10108 del 31/10/2014 – dep. 10/03/2015 in cui la Suprema Corte ha ritenuto di riconoscere la qualifica di ente pubblico di vigilanza anche alla FIGC (Federazione Italiana Giuoco Calcio). Invero in tale occasione il giudice di legittimità ha affermato: «Integra il delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza la dolosa omissione, da parte del presidente di una società di calcio professionistica di fornire informazioni obbligatorie alla Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC), posto che a questa è riconosciuta la titolarità di un potere ispettivo e di controllo di rilevanza pubblicistica attinente alla regolarità delle gestione delle società professionistiche di calcio».
- 42.** Da intendersi sia come società in sé e per sé considerata sia come soggetti apicali e dirigenziali.
- 43.** Vedasi paragrafo uno.
- 44.** Art. 25ter lett. S) D.lgs. 231/2001 – reati societari –: «s) per i delitti di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza, previsti dall'articolo 2638, primo e secondo comma, del codice civile, la sanzione pecuniaria da quattrocento a ottocento quote».
- 45.** Si pensi ad esempio alle società di gestione aeroportuale, le quali operano in virtù di una concessione pubblica ex art. 704 cod. nav.

Il regime di applicabilità dell'art. 578-bis c.p.p. in rapporto alla natura della confisca per equivalente

Luigi Capriello

Cita come:

Il regime di applicabilità dell'art. 578-bis c.p.p. in rapporto alla natura della confisca per equivalente, in *Rivista di Diritto Penale di Impresa* 1/2022, 27-54. DOI: <https://doi.org/10.35948/RDPI/2022.9>

Accettazione: 15/11/2022

Pubblicazione: 29/11/2022

Valutazione:

Articolo sottoposto a revisione scientifica

Licenza e Copyright:



Articolo disponibile in accesso libero

© 2022 | Autori



Abstract

Le Sezioni unite della Corte di cassazione si sono recentemente pronunciate in ordine alla questione relativa alla individuazione dei limiti dell'efficacia retroattiva della disposizione ex art. 578-bis c.p.p. Il quesito oggetto di rimessione concerne l'applicabilità, o meno, di detta norma del codice di rito anche con riferimento alla confisca per equivalente disposta in relazione a un fatto di reato commesso anteriormente alla entrata in vigore dell'art. 1, comma 4, lett. f), legge 9 gennaio 2019, n. 3, che ha inserito nell'art. 578-bis c.p.p. le parole «o la confisca prevista dall'art. 322-ter cod. pen.». Alla base del contrasto che ha reso necessario l'interpello delle Sezioni unite vi sono le diverse interpretazioni offerte dalle pronunce delle Sezioni semplici in ordine al rapporto tra la natura "processuale" della disposizione di cui all'art. 578-bis c.p.p., come tale soggetta al principio *tempus regit actum*, e il carattere afflittivo della confisca per equivalente.

La recente pronuncia fornisce lo spunto per condurre un'analisi dell'istituto su un piano generale, alla luce delle molteplici disposizioni che ne definiscono la disciplina normativa e delle numerose pronunce sul tema da parte della giurisprudenza di legittimità.

Parole chiave: Estinzione del reato per prescrizione, Confisca per equivalente, Principio di irretroattività

The relationship between the nature of the confiscation by equivalent and the applicability regime of Article 578-bis of the Code of Criminal Procedure: screening of the united Sections.

*The United Sections of the Court of Cassation have recently ruled on the question regarding the identification of the limits of the retroactive effective of the law provision under Article 578-bis of the Criminal Procedure Code. The question referred to the Court concerns the applicability, or not, of that law provision also with reference to the confiscation by equivalent ordered in relation to an act of crime committed prior to the entry into force of Article 1, paragraph 4, letter f), Law No. 3 of January 9, 2019, which inserted in Article 578-bis of the Code of Criminal Procedure the words "or the confiscation provided for in Article 322-ter of the Criminal Code" Underlying the contrast which made the intervention of the Joint Sections necessary are the different interpretations provided by some of the Simple Sections' rulings regarding the relationship between the "procedural" nature of the law provision in Article 578-bis c.p.p., as such subject to the principle *tempus regit actum*, and the afflictive nature of confiscation for equivalent.*

The recent pronouncement provides the cue to conduct an analysis of the legal institution on a general level, in light of the multiple law provisions defining its legal framework and the numerous pronouncements on the subject by the jurisprudence of legitimacy.

Keywords: *Extinction of the crime due to lapse of the statute of limitations, Confiscation by equivalent, Principle of non-retroactivity*

1. Premessa: la confisca senza condanna

Sebbene la giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo (Corte EDU) abbia definito i confini entro i quali una misura privativa o limitativa della proprietà privata può (*rectius*, deve) considerarsi conforme ai principi e alle garanzie convenzionali in materia di tutela del diritto di proprietà, la compatibilità della disciplina giuridica nazionale dell'istituto della confisca con tali principi e garanzie risulta particolarmente controversa con riferimento a una particolare configurazione della misura ablatoria in esame. Si tratta della confisca – avente natura di sanzione “intrinsecamente punitiva” – disposta in assenza di una pronuncia di condanna.

In ordine a tale tema assume, quindi, rilievo preliminare l'esame dei parametri – individuati dalla giurisprudenza europea – sui quali improntare l'indagine volta a verificare se una determinata misura (nel caso di specie la confisca) assuma, o meno, i caratteri di una vera e propria sanzione di carattere afflittivo-punitivo. Ciò, naturalmente, in ossequio all'autonoma nozione convenzionale di pena di cui all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), con la conseguenza che, nel caso in cui la predetta indagine dia esito positivo, la misura applicata dovrà risultare conforme alle garanzie riconosciute dalla Convenzione in ordine alla *matèire pénale*.

Com'è noto, infatti, la necessità di impedire la c.d. “frode delle etichette”, garantendo il rispetto non soltanto formale delle garanzie convenzionali, si traduce nella “libertà”¹ della Corte di definire autonomamente l'esatta portata della nozione di «pena» di cui all'art. 7 CEDU – così come di ogni altra espressione giuridica funzionale all'applicazione delle norme convenzionali –, indipendentemente, quindi, dalla eventuale qualificazione attribuita dal diritto interno a una determinata misura.

Su tale aspetto, la Corte europea, ha precisato che

il punto di partenza di qualsiasi valutazione relativa all'esistenza di una pena consiste nel determinare se la limitazione in questione è imposta successivamente ad una condanna per 'reato'. Altri elementi possono essere considerati pertinenti a tale riguardo: la natura e lo scopo della missione in causa, la sua qualificazione nel diritto interno, le procedure legate alla sua adozione e alla sua esecuzione, e la sua gravità².

Riconosciuta, quindi, sulla base degli indici definiti dalla Corte di Strasburgo, la natura penale della confisca, occorre che l'adozione del provvedimento avvenga nel rispetto delle relative garanzie convenzionali.

Innanzitutto, la Corte EDU ha espresso serie perplessità in ordine alla conciliabilità con l'art. 7 CEDU (norma che esplicita il principio di legalità nel diritto penale) della punizione

di un imputato il cui processo non si sia concluso con una pronuncia dichiarativa della sua responsabilità³.

Non è concepibile, cioè, secondo le argomentazioni della Corte europea, un sistema che si voglia compatibile con i principi convenzionali ma in cui una persona subisca una pena nonostante sia dichiarata innocente all'esito di un procedimento o nei confronti della quale non venga, comunque, accertato alcun grado di responsabilità penale con conseguente sentenza di condanna⁴ (questo principio è stato affermato dalla Corte relativamente al principio della presunzione di innocenza di cui all'art. 6, par. 2, della Convenzione).

Nel sistema di garanzie delineato dalla Convenzione europea, infatti, al principio sancito dall'art. 7 va riconosciuto un ruolo di estrema importanza, in ragione del quale la disposizione di cui al successivo articolo 15 esclude categoricamente che possano prevedersi delle deroghe allo stesso, anche in tempo di guerra o per altre situazioni di pericolo pubblico.

In particolare, per l'oggetto e lo scopo che lo caratterizzano, il principio in parola costituisce vero e proprio baluardo contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie⁵.

Il paragrafo 1 dell'art. 7 sancisce il principio di legalità dei reati e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), in virtù del quale nessuno può essere punito per un fatto che non sia previsto dalla legge come reato, né può subire una pena che non sia espressamente comminata dal legislatore. Ciò impedisce al giudice nazionale di interpretare in maniera estensiva, ad esempio per analogia⁶, le norme incriminatrici, sia ampliandone l'ambito di applicazione, facendovi rientrare fatti che, diversamente, non assumerebbero rilevanza penale, sia applicando la legge penale in maniera estensiva a sfavore dell'imputato. A ben vedere, quindi, il principio in parola si rivolge non solo al giudice nazionale, ma altresì al legislatore, il quale è chiamato a definire i reati, nonché le pene che li reprimono⁷, in maniera chiara e precisa. Condizione, questa, che può considerarsi soddisfatta ove la previsione normativa presenti i caratteri della "accessibilità" (del precetto) e della "prevedibilità" (della sanzione), ossia quando siano assicurati adeguati mezzi di conoscenza delle norme e «la persona sottoposta a giudizio è in grado di comprendere, partendo dal testo della disposizione pertinente e – se necessario – con l'aiuto dell'interpretazione che ne danno i giudici, quali atti e omissioni implicano la sua responsabilità penale»⁸.

Tali caratteri si fondono, secondo le elaborazioni della recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁹, con il profilo soggettivo. Sebbene l'art. 7 CEDU non faccia espresso riferimento al legame psicologico che deve sussistere tra la condotta posta in essere e l'autore della stessa, esso deve essere interpretato nel senso che per l'applicazione di una

pena è necessario che sussista «un legame di natura subiettiva (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta materiale dell'autore del reato».

Tuttavia, in altre pronunce la Corte sembra fare un passo indietro rispetto a tale lettura dei concetti di accessibilità e prevedibilità attraverso la lente della condizione individuale del soggetto agente, affermando l'ammissibilità di forme di responsabilità oggettiva, atteso che la Convenzione non impone di prevedere nella struttura dell'illecito elementi che la nostra dottrina nazionale riconduce nell'ambito dell'elemento soggettivo e della colpevolezza.

In tal senso, si è rilevato che

gli Stati contraenti restano liberi, in linea di principio, di reprimere penalmente un atto compiuto fuori dall'esercizio normale di uno dei diritti tutelati dalla Convenzione e, quindi, di definire gli elementi costitutivi di questo reato: essi possono, in particolare, sempre in linea di principio e ad alcune condizioni, rendere punibile un fatto materiale o oggettivo considerato di per sé, che derivi o meno da un intento criminale o da una negligenza [...]. L'articolo 7 della Convenzione non richiede espressamente un 'nesso psicologico' o 'intellettuale' o 'morale' tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne è ritenuta l'autore¹⁰.

In conclusione, anche se non mancano pronunce in cui si è (apparentemente) affermato il contrario¹¹, la Corte ha rilevato che in virtù dei principi stabiliti dal Testo convenzionale non si può avere «condanna» senza che sia legalmente accertato un illecito – penale o, eventualmente, disciplinare¹² –, né può applicarsi una pena nei confronti di un soggetto del quale non sia stata previamente accertata la responsabilità personale. Ne consegue che la sanzione di natura penale inflitta in assenza dell'accertamento della commissione di un reato (il che si verifica non solo in caso di applicazione di una pena in assenza di un procedimento, ma altresì nei casi di pronuncia di sentenza di proscioglimento e di sentenza dichiarativa di estinzione del reato per intervenuta prescrizione o per condotte riparatorie), è da considerarsi in contrasto con i principi convenzionali di legalità penale.

Nel nostro ordinamento, a fronte dell'attuale previsione espressa di due sole ipotesi di confisca senza condanna – la confisca urbanistica ex art. 44 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (il cui presupposto applicativo è costituito dalla pronuncia di “accertamento” «che vi è stata lottizzazione abusiva») e la confisca di prevenzione (misura *ante delictum*, disposta in conseguenza dell'accertata pericolosità sociale del titolare dei beni oggetto di ablazione) – risulta sempre più diffusa la tendenza legislativa (emblematica è l'introduzione dell'art. 578-bis c.p.p. e le modifiche successivamente apportate alla norma), ma anche e soprattutto giurisprudenziale, ad ampliare i casi di ablazione in difetto di una espressa pronuncia di condanna.

A tale tendenza è indubbiamente riconducibile il contrasto originatosi in seno alla giurisprudenza di legittimità in ordine alla questione relativa alla definizione del perimetro temporale di applicazione dell'art. 578-*bis* del codice di rito, funzionale all'applicabilità della disposizione del codice di rito con riferimento alla confisca per equivalente in relazione a fatti anteriori alla sua entrata in vigore.

2. La confisca per equivalente: origine e fondamento

La primigenia fattispecie di confisca, disciplinata dall'art. 240 c.p., è stata predisposta come misura di sicurezza patrimoniale finalizzata a sottrarre alla disponibilità del reo le cose collegate al reato da un vincolo di pertinenzialità, ossia i beni che ne costituiscono il prezzo, il prodotto o il profitto. Essa può essere applicata dal giudice rispetto alle cose che sono servite o destinate a commettere il reato, nonché a quelle che ne costituiscono il prodotto o il profitto, mentre deve essere obbligatoriamente disposta in ordine alle cose che costituiscono il prezzo del reato.

Così congegnata, però, la confisca tradizionale incontra un ostacolo insormontabile, quanto alle sue concrete possibilità applicative, in tutte le ipotesi in cui l'individuazione delle cose collegate al reato si riveli particolarmente complessa, come nel caso in cui i beni costituenti lo specifico profitto dell'illecito siano stati successivamente occultati o dispersi, ovvero risulti di difficile accertamento il vincolo di derivazione causale diretta dal reato.

Per tali ragioni, la misura di sicurezza patrimoniale di cui all'art. 240 c.p. si è rivelata, col passare del tempo, inidonea a costituire un argine efficace contro il diffondersi di nuove forme di organizzazione criminale, come la c.d. "criminalità del profitto" o "economica"¹³; espressione impiegata per indicare una serie di fenomeni che, sebbene presentino caratteristiche diverse e peculiari, sono accomunati da un'unica finalità: il conseguimento di utilità economicamente apprezzabili¹⁴. Si tratta di forme di criminalità che si caratterizzano, in sostanza, per un approccio all'illecito in termini di "convenienza" secondo una valutazione "costi-benefici", nel senso che il "costo" rappresentato dalla irrogazione della sanzione/pena detentiva è di gran lunga inferiore rispetto al "beneficio" consistente nella possibile accumulazione di ricchezze mediante la perpetrazione del reato¹⁵.

L'introduzione nell'ordinamento italiano della c.d. confisca per equivalente costituisce essenzialmente il risultato della progressiva constatazione che «la modernità delle forme illecite di produzione della ricchezza [...] ne consente agevolmente l'occultamento, la distrazione o semplicemente il reinvestimento in operazioni in cui non vi è traccia dell'origine macchiata dei beni»¹⁶. Tale consapevolezza ha condotto, appunto, alla definizione della misura ablativa anzidetta, volta a neutralizzare – in una prospettiva di

valorizzazione della funzionalità repressiva, a scapito del garantismo liberale¹⁷ – l'attività di occultamento, distrazione e reinvestimento dei patrimoni illeciti, superando i limiti strutturali (*rectius*, delle garanzie) caratteristici della tradizionale misura di sicurezza patrimoniale.

In sostanza, le peculiarità delle nuove forme di criminalità, in specie di quella economica, hanno reso evidente la necessità di realizzare – ai fini di un efficace contenimento del fenomeno, ribadendo, con maggiore forza e vigore, l'idea per cui “il crimine non paga” – un ampliamento dell'area di intervento mediante strumenti di carattere patrimoniale. Tale finalità è stata perseguita attraverso lo sviluppo e il potenziamento dell'originaria fattispecie di confisca, consistente nella definizione – sulla scorta dell'esempio di alcuni legislatori stranieri e degli impulsi di buona parte della dottrina¹⁸ – di una pluralità di nuove *species* di misure ablatorie¹⁹.

Una di queste figure è costituita dalla c.d. confisca per equivalente o di valore²⁰ la quale, allorquando sia intervenuta la condanna (nonché, in alcuni casi, l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 c.p.p.) per talune fattispecie criminose e sia fisicamente impossibile identificare i beni o le utilità economiche derivanti dal reato (perché, ad esempio, già reimpiegati nel tessuto economico legale e di cui si sono perse le tracce)²¹, consente l'ablazione del *tantundem*, ossia di somme di denaro, beni o altre utilità di cui il reo abbia la disponibilità per un valore corrispondente al prezzo, al prodotto o al profitto del reato²².

La predisposizione della confisca per equivalente, nel caso in cui i beni costituenti il profitto o il prezzo del reato non siano aggredibili per qualsiasi ragione, è volta a superare gli ostacoli e le difficoltà per l'individuazione dei beni in cui si “incorpora” il profitto iniziale, nonché ad ovviare ai limiti che incontra la confisca dei beni di scambio o di quelli che ne costituiscono il reimpiego. Ciò comporta che la stessa confisca per equivalente può riguardare (a differenza dell'ordinaria confisca prevista dall'art. 240 c.p., che può avere ad oggetto soltanto cose direttamente riferibili al reato) beni che, oltre a non avere alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo, non hanno neppure un collegamento diretto con il singolo reato²³.

La *ratio* dell'istituto è quella di impedire che, attraverso il reimpiego di beni di provenienza delittuosa, il reo possa “consolidare” il vantaggio derivante dal reato²⁴, privandolo, così, di qualunque beneficio economico derivante dall'attività criminosa, anche di fronte all'impossibilità di aggredire l'oggetto principale, nella convinzione della capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento che assume «i tratti distintivi di una vera e propria sanzione»²⁵.

Si tratta, quindi, di una misura particolarmente “elastica”²⁶ atteso che, sotto il profilo oggettivo, essa aggredisce beni che, indipendentemente dal loro collegamento con il reato, sono individuati in base alla loro corrispondenza con i benefici che il reo ha ottenuto dalla commissione dell’illecito²⁷ e, sotto il profilo soggettivo, rende sufficiente che i beni confiscabili siano nella disponibilità del reo, anche per interposta persona²⁸.

Senza mai essere introdotta come istituto di carattere generale, la confisca per equivalente è stata, nel corso degli anni, prevista con riferimento a specifiche fattispecie delittuose da singole disposizioni normative, le quali hanno prodotto l’ulteriore effetto di rendere obbligatoria, rispetto alle fattispecie contemplate dalle stesse norme, anche la confisca del profitto (oltre a quella del prezzo ex art. 240, comma 1, c.p.), estendendo così l’ambito di applicazione della confisca tradizionale obbligatoria.

Se si esclude quella relativa ai provvedimenti di confisca emanati all’estero e dei quali sia richiesta l’esecuzione in Italia (art. 735-bis c.p.p.), la prima ipotesi di confisca per equivalente introdotta nel nostro ordinamento è quella relativa al reato di usura (art. 644, comma 6, c.p.). Ulteriori ipotesi di confisca di valore disciplinate dal codice penale riguardano: i delitti contro la pubblica amministrazione (art. 322-ter); i delitti contro l’ambiente (art. 452-undecies, comma 2); la truffa aggravata (art. 640-quater); i delitti contro la fede pubblica (art. 466-bis)²⁹; il riciclaggio e l’impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita e l’autoriciclaggio (art. 648-quater); i reati contro la personalità individuale (art. 600-septies).

Numerose ipotesi di confisca per equivalente sono state, poi, introdotte anche in molti settori disciplinati dalla legislazione speciale: manipolazione del mercato (art. 187, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58); reati societari (art. 2641, comma 2, c.c.); reati transnazionali (art. 11, l. 16 marzo 2006, n. 146); responsabilità amministrativa degli enti (art. 19, comma 2, d.lgs. 19 giugno 2001, n. 231); reati tributari (art. 1, comma 143, l. 24 dicembre 2007, n. 244; oggi – a seguito del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158 – art. 12-bis, d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74); disciplina degli stupefacenti (artt. 73 e 74 d.P.R. 9 marzo 1990, n. 309)³⁰; reati connotati da una particolare gravità (art. 12-sexies, comma 2-ter, d.l. 8 giugno 1992, n. 306; oggi – a seguito del d.lgs. 1 marzo 2018 n. 21 – art. 240-bis, comma 2, c.p.); misure di prevenzione (art. 25 d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159).

Infine, con il d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, il legislatore, estendendo l’ambito di applicazione dell’ipotesi di confisca disciplinata dall’art. 240, comma 2, n. 1-bis in relazione agli strumenti informatici o telematici utilizzati per la commissione dei reati ivi tassativamente elencati, ha introdotto la confisca, anche per equivalente, dei beni che ne costituiscono il profitto o il prodotto.

3. Il carattere sussidiario della misura e i presupposti applicativi

L'analisi della disciplina normativa delle diverse ipotesi di confisca per equivalente introdotte nel corso degli anni nel nostro ordinamento, consente di cogliere il carattere di sussidiarietà dell'apprensione di valore rispetto alla forma di ablazione tradizionale³¹. Tutte le disposizioni che disciplinano l'istituto³², infatti, prevedono l'applicazione della confisca per equivalente quando non è possibile – in quanto non più rinvenibili nel patrimonio dell'autore del reato, perché reimpiegati, occultati, distratti o consumati – procedere all'ablazione diretta dei beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato. Invero, la solidità con cui il principio generale di sussidiarietà della confisca per equivalente è configurato nelle relative previsioni legislative sembra significativamente affievolirsi, nell'interpretazione offerta dalla giurisprudenza di legittimità, con riferimento alla fase delle indagini preliminari, in particolare in sede cautelare³³.

A tal riguardo, occorre preliminarmente precisare che la disposizione di cui all'art. 321, comma 2, c.p.p. – a mente della quale il giudice può disporre il sequestro preventivo anche con riferimento alle cose di cui è consentita la confisca – è intesa, in assenza di specificazioni, come rivolta sia alla confisca diretta ex art. 240 c.p. che alle molteplici ipotesi di confisca per equivalente previste nel nostro ordinamento.

Sul punto, la Suprema Corte ha dunque precisato che, in ossequio al carattere sussidiario dell'ablazione definitiva, anche il sequestro preventivo finalizzato a consentirne (*rectius*, garantirne) la futura applicazione è legittimo solo quando il reperimento dei beni costituenti il profitto o il prezzo del reato sia impossibile, sia pure transitoriamente, ovvero quando gli stessi non siano aggredibili per qualsiasi ragione³⁴.

Tuttavia, a tale affermazione di principio si è aggiunto che, versandosi in materia di misura cautelare reale, non è possibile pretendere la preventiva ricerca generalizzata dei beni costituenti il profitto di reato, giacché, durante il tempo necessario per l'espletamento di tale ricerca, potrebbero essere occultati gli altri beni suscettibili di confisca per equivalente, così vanificando ogni esigenza di cautela. Infatti, quando il sequestro interviene in una fase iniziale del procedimento, non è, di solito, ancora possibile stabilire se sia possibile o meno la confisca dei beni che costituiscono il prezzo o il profitto di reato, previa loro certa individuazione.

È perciò legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di beni costituenti profitto illecito anche quando l'impossibilità del loro reperimento sia anche soltanto transitoria e reversibile, purché sussistente al momento della richiesta e dell'adozione della misura³⁵.

Si tratta, evidentemente, di una prassi giudiziaria volta a privilegiare l'applicazione – per il tramite del provvedimento cautelare – della confisca per equivalente, attesa la maggiore elasticità dei suoi presupposti applicativi, rispetto a quella tradizionale, rigidamente vincolata alla individuazione dello specifico “guadagno” derivante dal reato.

Naturalmente, alla sussidiarietà della confisca per equivalente rispetto a quella diretta non può attribuirsi il significato di possibile applicazione alternativa di una delle due misure. Diversamente ragionando, infatti, si finirebbe per configurare la confisca di valore come uno strumento a mezzo del quale rifuggire dai più stringenti presupposti applicativi della confisca tradizionale. Al contrario, l'equivalenza nell'applicazione della misura concerne esclusivamente l'oggetto dell'ablazione, con la conseguenza che la sua operatività presuppone comunque un necessario e preliminare accertamento circa l'esistenza obiettiva di un bene costituente profitto o prezzo del reato, la cui ablazione diretta sia, però, impedita da un fatto sopravvenuto che ne abbia determinato la perdita o il trasferimento irrecuperabile³⁶.

Se è vero, infatti, che l'applicazione della confisca per equivalente prescinde dalla sussistenza di un nesso di pertinenzialità tra il *tantundem* e il reato – e, più in generale, dalla natura illecita dei beni da apprendere – è non meno vero che, onde evitare di snaturare la *ratio* della misura in esame (caratterizzata dalla sostituzione delle cose oggetto di ablazione: dal bene che costituisce il profitto o il prezzo del reato ad altro bene, di valore corrispondente, nella disponibilità del condannato), l'esistenza di un profitto o prezzo derivanti dal reato – la cui ablazione sia, per una qualunque ragione, divenuta impraticabile – debba essere necessariamente accertata al di là di ogni ragionevole dubbio³⁷.

Pertanto, al fine di evitare che la confiscabilità di valore possa tradursi, in assenza di puntuali criteri di riferimento, in un efficace strumento di aggiramento delle esigenze probatorie che caratterizzano la confisca tradizionale, è necessario che le utilità derivanti dal reato vengano precisamente individuate e commisurate, atteso che solo in siffatto modo sarà possibile assicurare una corrispondenza tra le stesse e i beni confiscabili per equivalente.

Ciò premesso, quanto ai presupposti applicativi, va precisato che affinché possa essere disposta la confisca di valore è necessario che:

1. si proceda per uno dei reati per i quali la sua applicazione è espressamente prevista dalla legge;
2. sia accertata la sussistenza del profitto e/o del prezzo connessi al reato e risulti impossibile disporre la confisca diretta;
3. i beni da confiscare siano nella disponibilità dell'autore del reato;
4. i predetti beni siano di valore equivalente all'utilità economica che si sarebbe dovuto confiscare in via diretta.

Per completezza, giova infine rilevare come, assodato il carattere suppletivo della confisca per equivalente, alcuni autori si siano chiesti se il presupposto applicativo della

misura debba essere ravvisato soltanto nella improcedibilità di fatto all'apprensione diretta dei beni ovvero possa disporsi la confisca per equivalente anche nei casi in cui il bene risulti non espropriabile per ragioni inerenti alla natura stessa del profitto³⁸.

Il problema si pone con riferimento a tutti quei vantaggi immateriali derivanti dal reato, ossia quelle utilità economiche che rappresentano conseguenza diretta del reato, ma che non hanno originariamente una dimensione fisica e che quindi non potrebbero essere oggetto d'ablazione.

Astrattamente si potrebbe affermare che la confisca di valore può essere applicata non solo nelle ipotesi in cui l'ablazione diretta risulti impossibile a causa di una improcedibilità di fatto, ma anche nei casi in cui il prezzo o profitto del reato risultino inespropriabili per ragioni connesse alla natura stessa dei beni. Tuttavia, la dottrina è concorde nel ritenere che la *ratio* di supplenza della confisca di valore induca a ritenere che l'espressione "quando non è possibile" sia da riferirsi esclusivamente a casi di improcedibilità di fatto della confisca qualificata (perché l'utilità è reimpiegata, trasformata, alienata, ecc.), e non anche a quelli in cui il bene non possa essere espropriato per ragioni inerenti alla natura stessa del prezzo o profitto tratto dal reato³⁹.

3.1 La disponibilità dei beni

Per espressa previsione delle relative disposizioni normative, la disponibilità in capo al reo dei beni su cui è destinata a incidere la misura costituisce, come accennato, un presupposto applicativo indefettibile della confisca per equivalente.

Tuttavia, la terminologia atecnica ("disponibilità") impiegata dal legislatore, il quale nella definizione delle predette norme non ha utilizzato le posizioni giuridiche soggettive proprie del diritto civile (come, per esempio, il diritto di proprietà), ha determinato, di fatto, l'assegnazione all'interprete del compito di valutare, volta per volta, le concrete possibilità applicative della misura.

La dottrina è concorde nell'affermare che la disponibilità rilevante ai fini dell'applicazione della confisca di valore non debba essere valutata sulla base di criteri formali, dai quali conseguirebbe la limitazione della portata applicativa dell'istituto ai soli beni con riferimento ai quali il reo abbia la titolarità di diritti reali o obbligatori. Al contrario, essa deve essere accertata in una prospettiva sostanzialistico-fattuale, così da ricomprendere tra i beni assoggettabili alla misura in esame tutti quelli che rientrano nella sfera di disponibilità dell'autore del reato, rispetto ai quali il reo, indipendentemente dalla eventuale titolarità formale di diritti sugli stessi, si comporti *uti dominus*, come se alla posizione di fatto corrispondesse una legittima posizione di diritto⁴⁰.

Così definita, la disponibilità di cui alla confisca per equivalente si identifica con l'esercizio di poteri di fatto, corrispondenti al contenuto del diritto di proprietà, in forza dei quali il

soggetto può determinare autonomamente la destinazione, l'impiego e il godimento del bene stesso, ossia con il possesso civilistico di cui all'art. 1140 c.c.

Non è necessario, quindi, che i beni siano nella titolarità del soggetto indagato o condannato, essendo necessario e sufficiente che egli abbia un potere di fatto sui beni medesimi e quindi la disponibilità degli stessi. Tale potere di fatto può essere esercitato direttamente o a mezzo di altri soggetti, che a loro volta, possono detenere la cosa nel proprio interesse (detenzione qualificata) o nell'interesse altrui (detenzione non qualificata)⁴¹. Sicché la nozione di disponibilità non può essere limitata alla mera relazione naturalistica o di fatto con il bene ma va estesa, al pari della nozione civilistica del possesso, a tutte quelle situazioni nelle quali il bene stesso ricada nella sfera degli interessi economici del prevenuto, ancorché il medesimo eserciti il proprio potere su di esso per il tramite di altri⁴².

Inteso, quindi, il concetto di disponibilità come signoria di fatto sul bene, gli aspetti maggiormente problematici in ordine all'applicazione della confisca per equivalente attengono ai casi in cui le *res confiscandae* appartengano a persona estranea al reato (come tali, non assoggettabili all'ablazione).

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che «non integra la nozione di 'appartenenza a persona estranea al reato' la mera intestazione a terzi del bene mobile utilizzato per realizzare il reato stesso, quando precisi elementi di fatto consentano di ritenere che l'intestazione sia del tutto fittizia e che in realtà sia l'autore dell'illecito ad avere la sostanziale disponibilità del bene»⁴³.

In altri termini, quando il bene è formalmente intestato a terzi (anche se prossimi congiunti del soggetto destinatario del provvedimento) non opera alcuna presunzione di intestazione fittizia, ma incombe sul pubblico ministero l'onere di dimostrare situazioni da cui desumere concretamente l'esistenza di una discrasia tra intestazione formale e disponibilità effettiva del cespite⁴⁴.

Ne consegue che, ai fini dell'operatività della confisca per equivalente e, di riflesso, della possibile adozione di un provvedimento di sequestro preventivo dei beni che possano formarne oggetto, il requisito costituito dalla disponibilità di tali beni da parte del reo può ritenersi sussistente in tutti i casi in cui ricorrano elementi idonei a creare una presunzione *iuris tantum* di intestazione fittizia.

In applicazione di tali principi, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che:

- la disponibilità di fatto dell'indagato, o condannato, sui beni va ravvisata nel caso di intervenuta cessione dei medesimi ad un terzo con patto fiduciario di retrovendita⁴⁵;

- le quote sociali non formalmente intestate all'indagato possono essere oggetto di ablazione ove si dimostri che l'indagato sia stato amministratore di fatto della società, avendone svolto in modo continuativo e significativo i poteri tipici⁴⁶;
- le somme di denaro depositate su conto corrente bancario cointestato con un soggetto estraneo al reato sono soggette a sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente, in quanto quest'ultimo si estende ai beni comunque nella disponibilità dell'indagato, non ostandovi le limitazioni provenienti da vincoli o presunzioni operanti, in forza della normativa civilistica, nel rapporto di solidarietà tra creditori e debitori (art. 1289 c.c.) o nel rapporto tra istituto bancario e soggetto depositante (art. 1834 c.c.)⁴⁷;
- il sequestro può riguardare anche un bene in comproprietà tra l'indagato ed un terzo estraneo⁴⁸ o un bene facente parte del fondo patrimoniale familiare⁴⁹;
- i beni conferiti in *trust* sono assoggettabili a sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente quando risultino nella disponibilità dell'indagato, il quale continui ad amministrarli conservandone la piena disponibilità⁵⁰.

4. Ablazione diretta o per equivalente

Dall'analisi delle caratteristiche e dei requisiti della confisca di valore emerge chiaramente l'importanza che riveste nella realtà applicativa la distinzione tra l'ablazione diretta e quella per equivalente, atteso che le condizioni alle quali può essere disposta l'una o l'altra divergono in maniera essenziale.

Innanzitutto, mentre la previsione normativa di cui all'art. 240 c.p. identifica una disposizione di carattere generale, che trova applicazione con riferimento a qualsivoglia fattispecie criminosa, le disposizioni che disciplinano la confisca per equivalente sono specifiche, per cui esse possono essere applicate con esclusivo riferimento alle ipotesi delittuose dalle stesse contemplate.

Inoltre, a fronte della natura di misura di sicurezza della confisca tradizionale, espressamente affermata nelle relative disposizioni codicistiche, la giurisprudenza – sia di legittimità che costituzionale – riconosce ormai pacificamente, nell'assenza di indicazioni da parte del legislatore, la natura di sanzione penale della confisca per equivalente. Ne consegue che mentre la prima misura soggiace alla disciplina delle misure di sicurezza, la seconda segue il regime giuridico delle pene.

La dottrina, dal canto suo, sebbene aderisca senza particolari riserve alla tesi della natura sanzionatoria della confisca di valore, registra alcune autorevoli opinioni dissenzienti⁵¹.

In particolare, quanto alle differenze intercorrenti tra le due forme di ablazione, si è osservato come il vero *discrimen* debba essere rintracciato nel diverso oggetto su cui esse incidono, ossia i beni derivanti dal reato nella confisca diretta, e i beni di uguale valore nella confisca per equivalente, non potendosi, invece, individuare «una reale diversità di natura giuridica».

Analizzata in questa prospettiva, non solo nella confisca di valore non potrebbe ravvisarsi una pena, atteso che l'entità dell'ablazione deve essere contenuta nei limiti del vantaggio patrimoniale derivante dalla commissione del reato, ma «sia la confisca per equivalente che la confisca diretta sono entrambe sanzioni in quanto entrambe neutralizzatrici, a favore dello Stato, di profitti illeciti o di valori ad essi equivalenti»⁵².

Nella stessa direzione si è rilevata l'impossibilità di definire una netta distinzione tra confisca dei profitti diretta e confisca dell'equivalente dei profitti sotto il profilo della rispettiva funzione, atteso che la confisca di valore costituisce null'altro che «un surrogato della confisca dei profitti diretti», ossia uno strumento residuale predisposto dal legislatore per le ipotesi in cui l'ablazione tradizionale non possa essere disposta per mancato rinvenimento degli stessi profitti. Ne consegue che, a fronte della diversità di oggetto su cui intervengono, le due misure assolvono una funzione del tutto identica⁵³.

In altri termini, la confisca per equivalente mutuerebbe la propria funzione, nonché la natura giuridica, dalla confisca diretta, di cui finisce per costituire una sorta di modalità di esecuzione, per cui, se la confisca diretta ha natura neutralizzante, anche la confisca per equivalente avrà tale natura, e se la confisca diretta ha natura ripristinatoria, allora anche la confisca per equivalente avrà natura ripristinatoria⁵⁴.

5. Le tematiche di rilievo

La sintetica analisi appena condotta in ordine alle peculiari caratteristiche della confisca per equivalente consente di individuare agevolmente le tematiche che vengono in rilievo in ordine al contrasto giurisprudenziale che ha determinato la remissione della questione alla Sezioni unite.

Si tratta di definire i limiti dell'efficacia temporale della disposizione di cui all'art. 578-*bis* c.p.p., al fine di stabilire se la stessa può trovare applicazione – in dettaglio, consentendo di disporre la confisca per equivalente ex art. 322-*terc.p.* – anche con riferimento a un accertamento di responsabilità sostanziale relativo a un fatto di reato commesso anteriormente all'entrata in vigore della norma del codice di rito. In tale prospettiva, le tematiche di rilievo che occorre indagare per la soluzione della questione concernono: 1) la natura giuridica della confisca per equivalente; 2) la natura, sostanziale o processuale, della disposizione di cui all'art. 578-*bis* c.p.p.

5.1 La natura giuridica della confisca per equivalente

L'introduzione nel nostro ordinamento della confisca per equivalente ha posto sin dall'inizio, attese le rilevanti innumerevoli implicazioni pratiche che vi sono connesse, il problema della definizione della sua natura giuridica, nell'alternativa tra misura di sicurezza e misura di carattere sanzionatorio.

Si tratta di una vera e propria *vexata questio*, con riferimento alla quale la dottrina e la giurisprudenza hanno prospettato, nel corso degli anni, soluzioni diverse e, talvolta, contrapposte.

Naturalmente, un'indagine in ordine alla natura giuridica della confisca per equivalente che restituisca un risultato "genuino" deve essere condotta esclusivamente sulla base della sua funzione e della specifica finalità perseguita, per il suo tramite, dal legislatore, senza che possa in alcun modo attribuirsi rilievo alla collocazione sistematica o al *nomen iuris* dell'istituto.

Sul punto, occorre, quindi, preliminarmente ricordare che le ragioni che hanno indotto il legislatore a introdurre l'ipotesi della confisca c.d. di valore risiedono, come già accennato, nell'inidoneità e inadeguatezza, specie in ordine a determinate forme di criminalità, del modello tradizionale di confisca che deve necessariamente avere ad oggetto gli stessi beni su cui ha avuto incidenza il reato e che richiede, quindi, la sussistenza del nesso di pertinenzialità tra bene e reato.

In particolare, la Corte di cassazione ha affermato che

la trasformazione, l'alienazione o la dispersione di ciò che rappresenti il prezzo o il profitto del reato determina la conseguente necessità, per l'ordinamento, di approntare uno strumento che, in presenza di determinate categorie di fatti illeciti, faccia sì che il beneficio che l'autore del fatto ha tratto, ove fisicamente non rintracciabile, venga ad essere concretamente sterilizzato sul piano patrimoniale, attraverso una misura ripristinatoria che incida direttamente sulle disponibilità dell'imputato, deprivandolo del *tantundem* sul piano monetario⁵⁵.

Da qui, la logica strutturalmente sanzionatoria della confisca di valore, dal momento che è l'imputato che viene ad essere direttamente colpito nelle sue disponibilità economiche (e non la cosa in quanto derivante dal reato), e ciò proprio perché autore dell'illecito. È evidente, pertanto, che, in una simile prospettiva, l'oggetto della confisca di valore finisce per non presentare alcun nesso di pertinenzialità col reato, rappresentandone soltanto la conseguenza sanzionatoria: né più né meno, dunque, della pena applicata con la sentenza di condanna.

Lo scopo dell'istituto in esame è, dunque, quello di superare le angustie della confisca "tradizionale", rispetto alla quale si pone in un rapporto di alternatività-sussidiarietà (può essere disposto solo nei casi in cui essa risulti inapplicabile) per la sua attitudine a

costituire un rimedio efficace alle difficoltà di apprensione dei beni coinvolti nella vicenda criminale, cioè a supplire agli ostacoli connessi alla individuazione del bene in cui si incorpora il profitto e di consentire la confisca anche nel caso in cui l'apprensione del prezzo o del profitto derivante dal reato non sia più possibile, in conseguenza dell'avvenuta cessione a terzi oppure a causa di forme di occultamento o, semplicemente, perché i beni sono stati consumati⁵⁶.

In questi casi la confisca per equivalente consente di aggredire ugualmente il profitto illecito, perché si riferisce al valore illecitamente acquisito. È evidente, quindi, come il nesso eziologico tra i beni oggetto di confisca e il fatto-reato dimostri una tendenza ad allentarsi fino a scomparire, in quanto il provvedimento ablatorio colpisce i beni indipendentemente dal loro collegamento, diretto o mediato, con il reato. Allora, la provenienza dei beni da reato non rappresenta più oggetto di prova, dal momento che scompare ogni relazione di tipo causale.

Queste caratteristiche della confisca per equivalente hanno indotto la dottrina⁵⁷ e la giurisprudenza⁵⁸ a riconoscerne la natura sanzionatoria.

La stessa Corte costituzionale⁵⁹, richiamandosi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo⁶⁰, ha ritenuto che la confisca per equivalente non abbia natura di misura di sicurezza, negando che potesse essere applicata in via retroattiva ai sensi dell'art. 200 c.p. e affermando, invece, il ricorso agli artt. 25 Cost. e 2 c.p.

In sostanza, la natura sanzionatoria della confisca di valore è desumibile dalla circostanza che la stessa incide su beni che, oltre a non avere alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo, non hanno neppure un collegamento diretto con il singolo reato. La *ratio* dell'istituto è quella di privare il reo di un qualunque beneficio economico dell'attività criminosa, anche di fronte all'impossibilità di aggredire l'oggetto principale, nella convinzione della capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento. Si tratta, in altri termini, di una "forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti"⁶¹.

La confisca per equivalente, infatti, viene ad assolvere ad una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile; essa è, pertanto, connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione, che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza.

Alla natura punitiva della confisca di valore consegue, quindi, che ad essa è applicabile, in via esclusiva, il regime giuridico delle pene e non quello delle misure di sicurezza⁶².

L'analisi della casistica giurisprudenziale consente di individuare alcuni immediati "corollari" della natura sanzionatoria della confisca di valore in tema di successione di

leggi e concorso di persone nel reato.

Quanto al primo tema, la giurisprudenza, sia di legittimità⁶³ che costituzionale⁶⁴, ha precisato che la natura “eminentemente sanzionatoria” della confisca in oggetto ne implica la sottrazione dal principio di retroattività previsto dall'art. 200 c.p., in forza del quale le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, e di contro l'assoggettamento ai contrari principi di irretroattività e del *favor rei*, quali emergenti dagli artt. 2 c.p., 25 Cost. e 7 CEDU.

Con riferimento al concorso di persone nel reato, invece, si è osservato che di fronte ad un illecito plurisoggettivo deve applicarsi il principio solidaristico che informa la disciplina del concorso nel reato e che implica l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente. Più in particolare, perduta l'individualità storica del profitto illecito, la confisca di valore può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato (entro logicamente i limiti quantitativi dello stesso), non essendo esso ricollegato all'arricchimento di uno piuttosto che di un altro soggetto coinvolto, bensì alla corresponsabilità di tutti nella commissione dell'illecito, senza che rilevi il riparto del relativo onere tra i concorrenti che costituisce fatto interno a questi ultimi⁶⁵.

Analogamente, si è affermato che in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca, il provvedimento cautelare, sebbene non possa complessivamente eccedere nel “*quantum*” l'ammontare del profitto complessivo, può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato⁶⁶.

Sul punto, poi, si registra un orientamento giurisprudenziale solo apparentemente contrastante secondo cui, in caso di pluralità di indagati, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente non può eccedere per ciascuno dei concorrenti la misura della quota di profitto del reato a lui attribuibile, sempre che tale quota sia individuata o risulti chiaramente individuabile⁶⁷. È chiaro quindi che, ove la natura della fattispecie concreta e dei rapporti economici ad essa sottostanti non consenta di individuare, allo stato degli atti, la quota di profitto concretamente attribuibile a ciascun concorrente o la sua esatta quantificazione, il sequestro preventivo può essere disposto per l'intero importo del profitto nei confronti di ciascuno, logicamente senza alcuna duplicazione e nel rispetto dei canoni della solidarietà interna tra i concorrenti⁶⁸.

5.2 La natura dell'art. 578-bis c.p.p.

L'art. 578-*bis* c.p.p., nella formulazione da ultimo modificata dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. Spazzacorrotti), impone al giudice dell'impugnazione che dichiari il reato estinto per prescrizione (o amnistia) di decidere l'impugnazione ai soli effetti della disposta «confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-*bis* del codice penale e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'articolo 322-*ter* del codice penale». La disposizione impone, dunque, espressamente, ai fini della conferma o meno della confisca ordinata in primo grado o in appello, un compiuto accertamento della penale responsabilità dell'imputato in un caso, quello della sentenza di proscioglimento pronunciata in appello o in cassazione per prescrizione del reato, diverso da una formale pronuncia di condanna.

Limitando l'analisi della disposizione in esame al profilo relativo ai limiti di efficacia temporale della norma⁶⁹, occorre soffermare l'attenzione sulla sua natura, sostanziale o processuale, in quanto è un accertamento di questo tipo che consente, unitamente alla valutazione circa la sua eventuale incidenza sulla concreta punizione del fatto, di stabilire se una data disposizione soggiace al divieto di irretroattività o al principio del *tempus regit actum*.

Sul punto, giova dunque evidenziare che sebbene l'art. 578-*bis* c.p.p. debba essere senz'altro qualificata come norma "processuale", in quanto - agendo su un profilo processuale e temporale - non introduce nuovi casi di confisca, ma si limita a definire l'arco procedimentale entro il quale la stessa può essere applicata, non può negarsi che la stessa disposizione produce indubbi effetti sostanziali, determinando l'adozione di una pronuncia (in appello o in cassazione) impositiva di un sacrificio patrimoniale "a sorpresa".

6. Il contrasto giurisprudenziale e il quesito rivolto alle Sezioni unite

Con riferimento al tema della individuazione dell'efficacia temporale della disposizione di cui all'art. 578-*bis*, e, precisamente se questa disposizione sia applicabile anche alle confische per equivalente disposte per fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore, si è registrato in seno alla giurisprudenza di legittimità un netto contrasto tra diverse opzioni ermeneutiche.

Secondo un primo orientamento, la disposizione di cui all'art. 578-*bis* c.p.p. (introdotta dal d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, che ha disciplinato la possibilità di applicare, con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione la confisca cd. allargata prevista dall'art. 240-*bis* c.p., estesa, dalla legge 9 gennaio 2019, n. 3, a tutte le ipotesi di confisca di cui all'art. 322-*ter* c.p.) trova applicazione anche con riferimento ai casi di confisca per

equivalente disposta in relazione a un fatto di reato commesso anteriormente all'entrata in vigore della norma del codice di rito⁷⁰.

Le argomentazioni addotte a sostegno di tale orientamento concernono: 1) il carattere e la funzione della confisca per equivalente; 2) la natura della norma ex art. 578-bis c.p.p.

Con riferimento ai primi, si osserva che la confisca di valore, pur avendo una connotazione prevalentemente afflittiva e una natura "eminente sanzionatoria", svolge una funzione «ripristinativa», finalizzata a sottrarre all'autore del reato il valore corrispondente al profitto o al prezzo dell'illecito, per cui non è equiparabile né alla pena, né ad una sanzione accessoria. In altri termini, la confisca di valore non sarebbe assimilabile né ad una misura di sicurezza, in quanto non si riferisce a cose intrinsecamente pericolose, né ad una sanzione accessoria, in quanto priva della funzione preventiva tipica di tali misure, né ad una sanzione principale, siccome non definita in proporzione alla gravità della condotta ed alla colpevolezza del reo. Inoltre, la natura "parzialmente" sanzionatoria della confisca per equivalente (significato che sarebbe da attribuire, secondo questo orientamento, all'espressione «'eminente' sanzionatoria» impiegata dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità per descrivere la natura dell'istituto in esame) non implicherebbe la sua attrazione nell'area della sanzione in senso stretto, né la applicazione alla stessa dello statuto normativo della pena.

Per quanto concerne, invece, la natura dell'art. 578-bis c.p.p., l'orientamento in parola afferma trattarsi di una norma di natura processuale, come tale soggetta al principio *tempus regit actum*, non introducendo nuovi casi di confisca, ma limitandosi a definire la cornice procedimentale entro cui può essere disposta la cd. ablazione senza condanna. In altre parole, la norma si limita a stabilire che la confisca di valore può essere applicata nel giudizio di impugnazione anche quando sopravvenga l'estinzione per prescrizione, ma sia confermato l'accertamento di responsabilità.

Secondo l'opposta opzione ermeneutica, l'art. 578-bis c.p.p. non può trovare applicazione per il mantenimento della confisca per equivalente disposta in relazione a fatti di reato dichiarati prescritti nel giudizio di impugnazione e commessi anteriormente alla sua entrata in vigore⁷¹. Stante il carattere afflittivo della misura ablativa in esame, l'applicazione della norma del codice di rito in ipotesi di tal genere si sostanzierebbe nel riconoscimento di un'efficacia retroattiva della disposizione, contrastante con il combinato disposto degli artt. 25 Cost. e 7 CEDU.

In tale differente prospettiva, con riferimento alla natura della confisca per equivalente, si osserva che l'avverbio «eminente», impiegato per definire la natura sanzionatoria dell'istituto, deve essere inteso nel senso di "specialmente", "principalmente", "particolarmente" e non certo di "parzialmente". Tuttavia, anche a voler riconoscere alla confisca di valore una natura solo "parzialmente" sanzionatoria, resterebbe ferma la sua

natura afflittiva, in quanto l'oggetto dell'ablazione è rappresentato da una porzione di patrimonio che, in sé, non presenta alcun elemento di collegamento con il reato. Ne consegue che, in relazione a tale forma di ablazione, si pone la necessità di garantire al destinatario una ragionevole prevedibilità delle conseguenze cui si esporrà trasgredendo il precetto penale.

In ordine alla natura della disposizione di cui all'art. 578-*bis* c.p.p., invece, si afferma che la stessa sia da qualificarsi in termini di "diritto penale materiale", categoria cui vanno ricondotte tutte quelle disposizioni che, come appunto l'art. 578-*bis* c.p.p., «non possiedono una valenza esclusivamente processuale», ma costituiscono «norme che esplicano effetti sostanziali incidenti direttamente sull'*an* e sul *quantum* della confisca-sanzione, e che incidono sulla ragionevole prevedibilità delle conseguenze cui si troverebbe esposto l'agente trasgredendo il precetto penale», essendo «norme processuali che aggravano il trattamento sanzionatorio sotto il profilo patrimoniale, menomando la 'certezza di libere scelte d'azione'».

Alla luce di tale contrasto, la terza Sezione della Corte di cassazione ha rivolto alle Sezioni Unite il seguente quesito:

se, e quando, la statuizione di confisca per equivalente possa essere lasciata ferma, o debba invece essere eliminata, nel caso in cui il giudice dell'impugnazione pronunci sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato presupposto previo accertamento della responsabilità dell'imputato, ed il fatto sia anteriore alla entrata in vigore dell'art. 1, comma 4, lett. f), legge 9 gennaio 2019, n. 3, che ha inserito nell'art. 578-*bis* cod. proc. pen. le parole 'o la confisca prevista dall'art. 322-ter cod. pen.'.

All'esito della camera di consiglio del 29 settembre 2022, le Sezioni unite hanno dato al quesito risposta «negativa, trattandosi di disposizione di natura anche sostanziale soggetta al divieto di retroattività della norma in *malam partem ex art. 25 Cost.*».

7. Considerazioni conclusive

In attesa di conoscere il percorso argomentativo che ha condotto le Sezioni unite ad affermare il principio di diritto veicolato dall'informazione provvisoria, possono essere formulate alcune, brevi, considerazioni in ordine alla tematica dibattuta, al fine di enucleare le ragioni per le quali la soluzione offerta dal Supremo Consesso risulta, tra quelle prospettate dall'elaborazione giurisprudenziale, quella maggiormente rispettosa dei principi e delle garanzie della materia penale.

Appare evidente come la soluzione della questione controversa (vale adire l'efficacia retroattiva della disposizione del codice di rito) richieda necessariamente – come, del resto, adeguatamente evidenziato dalla stessa Sezione rimettente – una preliminare analisi delle tematiche che vengono in rilievo:

1. la natura della confisca per equivalente;
2. la natura, sostanziale o processuale, della disposizione di cui all'art. 578-bis c.p.p.

L'affermazione di principio diffusa mediante l'informazione provvisoria non contiene alcuna indicazione in ordine alla prima di tali tematiche. Sul punto, occorre attendere, quindi, il deposito delle motivazioni per comprendere se le Sezioni unite si siano confrontate anche con l'argomento relativo alla natura della confisca per equivalente. Ciò posto, giova ricordare che con riferimento a tale tematica la giurisprudenza costituzionale⁷² e di legittimità⁷³ ha evidenziato che la confisca per equivalente, in quanto misura che attinge beni non intrinsecamente pericolosi e che non sono in rapporto di diretta pertinenzialità con il reato per cui si procede, assume una connotazione prevalentemente afflittiva e una natura "eminentemente sanzionatoria", il che ne esclude la riconducibilità alla categoria delle misure di sicurezza.

Pacifico, per un verso, il riconoscimento della natura eminentemente sanzionatoria della misura ablatoria in esame, controversa per l'altro, la sua attrazione nell'area della sanzione in senso stretto, con la conseguente applicazione alla stessa dello statuto normativo della pena. Sul punto, all'orientamento che esclude l'applicazione di detto statuto alla misura ablatoria in esame – sul presupposto che la componente sanzionatoria dell'istituto risulti recessiva rispetto a quella ripristinatoria (della situazione economica del reo, qual era prima della violazione della legge penale, privandolo delle utilità ricavate dal crimine commesso e sottraendogli beni di valore ad esse corrispondenti) – sembra di gran lunga preferibile l'opposto indirizzo interpretativo. Quest'ultimo sostiene che, a fronte del carattere misto della natura – sanzionatoria e ripristinatoria – della confisca per equivalente, non assume alcuna rilevanza, ai fini della soluzione della questione in esame, la circostanza che la componente "afflittiva" risulti eventualmente recessiva rispetto a quella ripristinatoria. Al contrario, la mera caratterizzazione anche in termini sanzionatori della natura della confisca per equivalente è di per sé sola sufficiente, indipendentemente dal suo rapporto di prevalenza o subvalenza rispetto alla funzione ripristinatoria, a evidenziare la vigenza in relazione a tale forma di ablazione dell'insieme di principi e garanzie risultanti dal combinato disposto degli artt. 25 Cost. e 7 CEDU.

Con riferimento alla seconda tematica, invece, l'orientamento secondo il quale l'art. 578-bis c.p.p. non ha natura meramente processuale, ma almeno mista, dunque anche sostanziale, appare maggiormente conforme alle caratteristiche della stessa norma.

A prescindere dalla sua collocazione sistematica nel codice di procedura penale, infatti, la disposizione in parola produce innegabili effetti di carattere sostanziale nella misura in cui determina l'adozione di una pronuncia (in appello o in cassazione) impositiva o

confermativa di un sacrificio patrimoniale “a sorpresa” mediante la disposizione o il mantenimento della confisca per equivalente, ossia di una misura ablatoria avente una connotazione prevalentemente afflittiva e una natura “eminentemente sanzionatoria”.

È sulla base di queste preliminari considerazioni, dunque, che deve essere affrontata – e risolta – la questione relativa alla possibilità di applicare retroattivamente, ossia per la disposizione o il mantenimento della confisca per equivalente relativa a fatti di reato prescritti e commessi anteriormente alla sua entrata in vigore, dell’art. 578-*bis* c.p.p.

Sul punto, si afferma comunemente che la validità nel tempo delle norme penali è governata da due differenti principi: quello del “*tempus regit actum*, in virtù del quale le modificazioni *in peius* sarebbero applicabili anche ai procedimenti relativi a reati commessi anteriormente alla loro entrata in vigore (e ovviamente anche a procedimento già iniziato), per le norme di natura processuale; il divieto di retroattività “*in malam partem*” (e di retroattività favorevole), per le norme penali sostanziali.

Invero, a fronte di tale netta suddivisione operabile dal punto di vista teorico, sul piano pratico l’operatività del principio del *tempus regit actum* con riferimento a talune norme processuali, e quindi la sottrazione delle stesse al divieto di applicazione retroattiva, può sostanziarsi in una evidente violazione delle garanzie allestite dall’art. 25, comma secondo, Cost.

Se, infatti, la citata disposizione costituzionale consente la “punizione” di un fatto esclusivamente in base ad una legge che sia entrata in vigore prima della sua commissione, la garanzia della irretroattività deve necessariamente estendersi fino a ricomprendere tutte le norme che alla commissione di un fatto qualificato come reato vi riconnettono l’effetto della punizione. Tutte le norme, insomma, che non solo qualificano il comportamento come reato, ma che ne stabiliscono la punizione in concreto e quindi l’*an*, il *quantum* e la “qualità” delle conseguenze punitive, devono soggiacere alla regola della irretroattività.

Tale principio, quindi, è violato quando vengono applicate retroattivamente disposizioni legislative (anche processuali, ma con effetti sostanziali, come quella di cui all’art. 578-*bis* c.p.p.) i cui effetti sanzionatori non erano “prevedibili” nemmeno in base all’interpretazione giurisprudenziale all’epoca esistente, a fatti commessi prima dell’entrata in vigore di tali disposizioni. Se, infatti, la *ratio* del principio di irretroattività della legge penale sfavorevole è quella di tutelare l’affidamento e la libertà di autodeterminazione, questa esigenza di tutela deve necessariamente valere anche in caso di applicazione di legge processuale, ma con effetti sostanziali in *malam partem*, come del resto di recente affermato anche dalla Corte costituzionale⁷⁴.

Alla luce di tali considerazioni, può conclusivamente affermarsi che una corretta e fedele applicazione dei principi che vengono in rilievo nella materia in esame, e quivi esaminati, non poteva che condurre le Sezioni unite a fornire risposta negativa al quesito oggetto di

rimessione, escludendo che l'art. 578-bis c.p.p., in considerazione dei suoi effetti anche sostanziali, possa essere applicato retroattivamente per il mantenimento, nel giudizio di impugnazione, della confisca per equivalente disposta in relazione a fatti di reato dichiarati prescritti e commessi anteriormente all'entrata in vigore della disposizione codicistica.

Note

1. Corte EDU, Welch c. Regno Unito, 9 febbraio 1995, § 28. Conformi: Corte EDU, Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, §§ 49 e 50; Corte EDU, Welch c. Regno Unito, 9 febbraio 1995, § 27; Corte EDU, Coëme c. Belgio, 22 giugno 2000, § 145.
2. Conformi: Corte EDU, Grande Camera, G.I.E.M. c. Italia, 28 giugno 2018, § 210; Corte EDU, Varvara c. Italia, 29 ottobre 2013; Corte EDU, Sud Fondi c. Italia, 30 agosto 2007.
3. Invero, questa linea interpretativa della giurisprudenza europea sembra subire una battuta d'arresto con l'ultima pronuncia sul tema: Corte EDU, G.I.E.M. c. Italia, 28 giugno 2018.
4. Corte EDU, Varvara c. Italia, 29 ottobre 2013, § 67.
5. Corte EDU, S.W. c. Regno Unito, 22 novembre 1995, § 34; Corte EDU, C.R. c. Regno Unito, 22 novembre 1995, § 32.
6. Corte EDU, Coëme c. Belgio, 22 giugno 2000, § 145.
7. Corte EDU, Achour c. Francia, 29 marzo 2006, § 41.
8. Corte EDU, Kokkinakis c. Grecia, 25 maggio, 1993, § 52; Corte EDU, Achour c. Francia, 29 marzo 2006 § 41; Corte EDU, Sud Fondi c. Italia, 30 agosto 2007, § 107.
9. Corte EDU, Sud Fondi c. Italia, 20 gennaio 2009.
10. Corte EDU, Varvara c. Italia, 29 ottobre 2013.
11. Corte EDU, Grande Camera, G.I.E.M. c. Italia, 28 giugno 2018.
12. Corte EDU, Engel c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, § 68; Corte EDU, Guzzardi c. Italia, 6 novembre 1980, § 100.
13. A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente – ex art. 322-ter – tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 792; A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 534 ss.
14. Sul tema: A. ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, cit., 535 ss.; A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, tomo III, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano, 2006, 2128; D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, 16; L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, Padova, 1997, 16.
15. L. FORNARI, *op. cit.*, 7.
16. F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2006, 139.
17. Sul tema vedi: A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.

18. Gli istituti analoghi o comparabili presenti in altri ordinamenti sono, principalmente: il *Verfall* tedesco, il *criminal forfeiture* americano e il *confiscation order* inglese.
19. P. SANFILIPPO, *Riciclaggio e profitto confiscabile: la "solidarietà nella pena" nel concorso di persone*, in *Giur. it.*, 2018, 449.
20. L. FORNARI, *op. cit.*, 88.
21. A. NOCETI, M. PIERSIMONI, *Confisca e altre misure ablatorie patrimoniali*, Torino, 2011, 113 ss.
22. La misura in esame si caratterizza, altresì, per la circostanza che in relazione ad alcune fattispecie criminose la confisca del profitto, a differenza di quanto previsto dall'art. 240, comma 1, c.p., è obbligatoria, e quindi sottratta alla scelta del giudice.
23. Cass., Sez. un., Sentenza n. 41936 del 25.10.2005 – dep. 22.11.2005.
24. Cass., Sez. un., Sentenza n. 38691 del 25.06.2009 – dep. 06.10.2009.
25. Cass., Sez. un., Sentenza n. 38834 del 10.07.2008 – dep. 15.10.2008; Cass., Sez. un., Sentenza n. 26654 del 27.03.2008 – dep. 02.07.2008.
26. P. BALDUCCI, *La confisca per equivalente*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 230.
27. P. BALDUCCI, *op. cit.*, 230; A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig., disc., pen.*, vol. III, Torino, 1989, 51.
28. P. BALDUCCI, *op. cit.*, 230; F. VERGINE, *op. cit.*, 39.
29. Recentemente introdotta dall'art. 2 d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202.
30. Recentemente introdotta dall'art. 4 d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202.
31. P. BALDUCCI, *La confisca per equivalente*, cit., 230 ss.; G. FIANDACA, *Legge penale e corruzione*, in *Foro it.*, 1998, 6; D. FONDAROLI, *op. cit.*, 263; S. FURFARO, *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, in *Giur. it.*, 2009, 2080; A. GAITO, *Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive d'indagine*, in *Giur. it.*, 2009; G. LUNGHINI, L. MUSSO, *La confisca nel diritto penale. Rassegna monotematica del Corriere del Merito*, Milano, 2009, 147; F. VERGINE, *op. cit.*, 44.
32. A eccezione dell'art. 644 c.p., il quale, in luogo della espressa previsione dell'applicazione della confisca per equivalente nei casi in cui non è possibile procedere a confisca diretta, dispone «la confisca dei beni che costituiscono prezzo o profitto del reato ovvero di somme di denaro, beni e utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari» (comma 6).
33. L. PUCCETTI, *La confisca per equivalente*, in *Sequestro e confisca*, a cura di M. Montagna, Torino, 2017, 415.
34. Cass., Sez. III, Sentenza n. 30930 del 05.05.2009 – dep. 24.07.2009. La possibile precarietà di tale circostanza di fatto condiziona anche l'onere di motivazione del provvedimento cautelare, che deve essere limitato al richiamo della sia pur momentanea indisponibilità del bene, senza che sia necessario dare dettagliatamente conto delle attività volte alla ricerca dell'originario prodotto o profitto del reato (Cass., Sez. II, Sentenza n. 29923 del 12.04.2018 – dep. 03.07.2018).
35. Cass., Sez. un., Sentenza n. 18374 del 31.01.2013 – dep. 23.04.2013; Cass., Sez. II, Sentenza n. 2823 del 10.12.2008 – dep. 21.01.2009.
36. Cass., Sez. II, Sentenza n. 31988 del 14.06.2006 – dep. 27.09.2006. In dottrina: P. BALDUCCI, *La confisca per equivalente*, cit., 231; L. LEGHISSA, sub art. 322-ter, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano, 2007, 1978.
37. La dottrina maggioritaria, invece, esclude che nel caso di confisca di valore possa parlarsi di nesso di pertinenzialità, pur richiedendo, come si è detto, che sia dimostrata *ab origine* l'esistenza di un bene o un'altra

utilità economica tratta dal reato. Si è osservato che l'affievolimento del rapporto di pertinenzialità tra reato e bene, sposta inevitabilmente l'attenzione sul soggetto del reato, piuttosto che sul bene, perché il *tantundem* non ha altra connessione con il reato se non l'appartenere allo stesso soggetto che l'ha compiuto, con una logica simile a quella su cui si fondano la confisca di prevenzione e la c.d. confisca "allargata" (D. FONDAROLI, *op. cit.*, 258). In senso contrario, si ritiene che andrebbero esclusi dall'ablazione anche quei beni entrati nel patrimonio del reo in tempi precedenti rispetto al *tempus commissi delicti* o in base a una causa comprovata e lecita, che nulla abbia a che vedere con il reato. Pertanto, il nesso di pertinenzialità, seppur indubbiamente affievolito, non deve essere considerato totalmente irrilevante, poiché «in nessun caso potrebbe legittimamente prescindere da una verifica in ordine alla illiceità, quanto meno presunta, della provenienza del bene» (A. GAITO, *op. cit.*, 2067).

38. M. PELISSERO, *Commento alla L. 29 settembre 2000, n. 300*, in *Leg. Pen.*, 2001, 1021 ss.

39. F. BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1732; D. FONDAROLI, *op. cit.*, 61. Che la *voluntas legis* non sia nel senso della operatività della confisca per equivalente anche con riferimento ai beni immateriali è escluso anche da chi sostiene l'applicabilità della predetta forma di ablazione in caso di impossibilità di disporre la confisca diretta per ragioni connesse alla natura stessa dei beni (L. FORNARI, *La confisca del profitto*, cit., 86; M. PELISSERO, *Commento all'art. 3 l. 29 febbraio 2000, n. 300*, in *Leg. pen.*, 2001, 1027).

40. Cass., Sez. III, Sentenza n. 4887 del 13.12.2018 – dep. 31.01.2019; Cass., Sez. II, Sentenza n. 22153 del 22.02.2013 – dep. 23.05.2013; Cass., Sez. III, Sentenza n. 15210 del 08.03.2012 – dep. 20.04.2012; Cass., Sez. V, Sentenza n. 13276 del 24.01.2011 – dep. 30.03.2011; Cass., Sez. I, Sentenza n. 11732 del 09.03.2005 – dep. 24.03.2005. In dottrina: P. BALDUCCI, *La confisca per equivalente*, cit., 231. Si è precisato che una interpretazione del concetto di disponibilità fondata sulla titolarità di un diritto produrrebbe conseguenze aberranti, in quanto limiterebbe eccessivamente l'operatività dell'istituto. Altrettanto aberranti sarebbero, però, anche le conseguenze derivanti da una opzione esegetica tale da ricomprendere nella nozione di disponibilità tutte le situazioni di fatto che conseguono alla titolarità di diritti reali o obbligatori sul bene che consentano al soggetto di disporre del bene medesimo, atteso che in questo caso si consentirebbe di disporre la confisca anche di beni altrui, sul mero presupposto della titolarità di un diritto obbligatorio (es. una locazione). Ne consegue, che l'interpretazione maggiormente aderente alla *ratio* dell'istituto, nonché ai principi costituzionali che vengono in rilievo, è quella fondata esclusivamente su criteri fattuali (M. PELISSERO, *op. cit.*, 1028).

41. Cass., Sez. III, Sentenza n. 14605 del 24.03.2015 – dep. 10.04.2015.

42. Cass., Sez. I, Sentenza n. 6613 del 17.01.2008 – dep. 12.02.2008.

43. Cass., Sez. II, Sentenza n. 13360 del 03.02.2011 – dep. 01.04.2011. Conformi: Cass., Sez. II, Sentenza n. 29495 del 10.06.2009 – dep. 16.07.2009; Cass., Sez. VI, Sentenza n. 2688 del 19.10.1990 – dep. 30.01.1991.

44. Cass., Sez. III, Sentenza n. 14605 del 24 marzo 2015; Cass., Sez. II, Sentenza n. 22153 del 22 febbraio 2013. Con riferimento all'onere probatorio incombente sulla pubblica accusa, la Corte di cassazione ha, altresì, precisato che «ai fini dell'applicazione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente su beni formalmente intestati a persona estranea al reato, non è sufficiente la dimostrazione della mancanza, in capo a quest'ultima, delle risorse finanziarie necessarie per acquisire il possesso dei cespiti, essendo invece necessaria la prova, con onere a carico del P.M., della disponibilità degli stessi da parte dell'indagato» (Cass., Sez. III, Sentenza n. 36530 del 12.05.2015 – dep. 10.09.2015).

45. Cass., Sez. II, Sentenza n. 10838 del 20.12.2006 – dep. 14.03.2007.

46. Cass., Sez. III, Sentenza n. 14605 del 24.03.2015 – dep. 10.04.2015.

47. Cass., Sez. III, Sentenza n. 45353 del 19.10.2011 – dep. 06.12.2011.
48. Cass., Sez. III, Sentenza n. 6894 del 27.01.2011 – dep. 23.02.2011.
49. Cass., Sez. III, Sentenza n. 18527 del 03.02.2011 – dep. 11.05.2011.
50. Cass., Sez. V, Sentenza n.13276 del 24.01.2011 – dep. 30.03.2011.
51. M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv., it., dir. proc. pen.*, 2015, 1674 ss.
52. In considerazione di ciò, l'autore auspica un intervento del legislatore che – in linea con la nozione estesa di materia penale affermatasi, sull'impronta della giurisprudenza europea, nel nostro ordinamento – neghi l'applicazione retroattiva della confisca tradizionale, analogamente a quanto già avviene con riferimento all'ablazione di valore.
53. E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, 151 ss.; A. MARCHESELLI, *Tecniche di aggressione dei profitti dell'economia fiscalmente infedele: la confisca "penale" tra efficacia preventiva e tutela dei diritti fondamentali*, in *Riv. Dir. pen. cont.*, 2015, 6 ss.
54. R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto*, in *Riv. Dir. pen. cont.*, 2016, 9.
55. Cass., Sez. un., Sentenza n. 31617 del 26.06.2015– dep. 21.07.2015.
56. Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno, in plurime occasioni, precisato che «qualora il prezzo o il profitto derivante dal reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità deve essere qualificata come confisca diretta; in tal caso, tenuto conto della particolare natura del bene, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della confisca e il reato» (Cass., Sez. un., Sentenza n. 31617 del 26.06.2015 – dep. 21.07.2015; Cass., Sez. un., Sentenza n. 10561 del 30.01.2014 – dep. 05.03.2014). Invero, sembra maggiormente convincente la tesi, sostenuta da autorevole dottrina, secondo cui il denaro non esorbita affatto dalla confisca di valore, come si evince agevolmente sin dalla prima disposizione che le ha dato ingresso nel nostro ordinamento (art. 644, comma 6 c.p.), nella quale l'oggetto della misura è individuato in "somme di denaro, beni o utilità" di pari importo al prezzo o al profitto del reato. Contrariamente al principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità, quindi, dovrebbe riconoscersi che il denaro, proprio in quanto parametro di valutazione unificante del valore dei differenti beni (come affermato dalle stesse Sezioni Unite), meglio si presta, rispetto ad altri beni, a fungere da efficace strumento di equalizzazione del valore dei proventi del reato non più attingibili dalla confisca diretta (M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv., it., dir. proc. pen.*, 2015, 1677).
57. P. BALDUCCI, *op. cit.*, 231 ss.; P. BALDUCCI, *Concorso di persone nel reato e confisca per equivalente*, in *Cass. pen.*, 2010, 3109 ss.; S. FURFARO, *Confisca per equivalente, responsabilità degli enti e parametri operativi*, in *Giur. it.*, 2007, 974; S. FURFARO, *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, cit., 2080; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni*, cit., 147.
58. Cass., Sez. III, Sentenza n. 39172 del 24.09.2008 – dep. 20.10.2008; Cass., Sez. III, Sentenza n. 39173 del 24.09.2008 – dep. 20.10.2008; Cass., Sez. VI, Sentenza n. 13098 del 18.02.2009 – dep. 25.03.2009; Cass., Sez. V, Sentenza n. 11288 del 26.01.2010 – dep. 24.03.2010; Cass., Sez. I, n. 11768 del 28.02.2012 – dep. 29.03.2012; Cass., Sez. II, n. 21027 del 13.05.2010 – dep. 04.06.2010; Cass., Sez. II, Sentenza n. 11912 del 29.01.2009 – dep. 18.03.2009; Cass., Sez. un., Sentenza n. 26654 del 27.03.2008 – dep. 02.07.2008.
59. Corte cost., ordinanza n. 97 del 01.04.2009.
60. Corte UDU, *Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995.

- 61.** Cass., Sez. III, Sentenza n. 17546 del 05.03.2019 – dep. 24.04.2019; Cass., Sez. I, Sentenza n. 39874 del 06.06.2018 – dep. 04.09.2018; Cass., Sez. II, Sentenza n. 45324 del 14.10.2015 – dep. 13.11.2015; Cass., Sez. III, Sentenza n. 43397 del 10.09.2015 – dep. 28.10.2015; Cass., Sez. un., Sentenza n. 38691 del 25.06.2009 – dep. 06.10.2009; Cass., Sez. II, Sentenza n. 31988 del 14.06.2006 – dep. 27.09.2006; Cass., Sez. un., Sentenza n. 41936 del 25.10.2005 – dep. 22.11.2005; Cass., Sez. V, Sentenza n. 15445 del 16.01.2004 – dep. 01.04.2004.
- 62.** Cass., Sez. un., Sentenza n. 18374 del 31.01.2013 – dep. 23.04.2013.
- 63.** Cass., Sez. un., Sentenza n. 18374 del 31.01.2013 – dep. 23.04.2013; Cass., Sez. V, Sentenza n. 11288 del 26.01.2010 – dep. 24.03.2010; Cass., Sez. VI, Sentenza n. 13098 del 18.02.2009 – dep. 25.03.2009; Cass., Sez. III, Sentenza n. 39172 del 24.09.2008 – dep. 20.10.2008; Cass., Sez. II, Sentenza n. 21566 del 08.05.2008 – dep. 28.05.2008.
- 64.** Corte cost., ordinanza n. 97 del 01.04.2009.
- 65.** Cass., Sez. VI, Sentenza n. 26621 del 10.04.2018 – dep. 11.06.2018; Cass., Sez. III, Sentenza n. 40358 del 05.07.2016 – dep. 28.09.2016; Cass., Sez. III, Sentenza n. 27072 del 12.05.2015 – dep. 26.06.2015; Cass., Sez. II, Sentenza n. 38599 del 20.09.2007 – dep. 18.10.2007; Cass., Sez. II, Sentenza n. 9786 del 21.02.2007 – dep. 08.03.2007; Cass., Sez. II, Sentenza n. 10838 del 20.12.2006 – dep. 14.03.2007; Cass., Sez. II, Sentenza n. 31989 del 14.06.2006 – dep. 27.09.2006.
- 66.** Cass., Sez. II, Sentenza n. 22020 del 10.04.2019 – dep. 20.05.2019; Cass., Sez. II, Sentenza n. 29395 del 26.04.2018 – dep. 26.06.2018.
- 67.** Cass., Sez. VI, Sentenza n. 30966 del 14.06.2007 – dep. 30.07.2007; Cass., Sez. VI, Sentenza n. 31690 del 05.06.2007 – dep. 02.08.2007; Cass., Sez. VI, Sentenza n. 25877 del 23.06.2006 – dep. 25.07.2006.
- 68.** Cass., Sez. un., Sentenza n. 26654 del 27.03.2008 – dep. 02.07.2008. Lo stesso principio è stato ribadito in alcune successive pronunce (*Ex multis*, Cass., Sez. VI, Sentenza n. 18536 del 06.03.2009 – dep. 05.05.2009; Cass., Sez. VI, Sentenza n. 34566 del 22.05.2014 – dep. 06.08.2014), secondo le quali in caso di pluralità di indagati quali concorrenti in un medesimo reato compreso tra quelli per i quali, ai sensi dell'art. 322-ter c.p., può disporsi la confisca per equivalente di beni per un importo corrispondente al prezzo o al profitto del reato e il sequestro preventivo funzionale alla futura adozione di detta misura può interessare indifferentemente ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del profitto accertato, ma l'espropriazione non può essere duplicata o comunque eccedere nel "quantum" l'ammontare complessivo dello stesso, e ciò perché il sequestro preventivo non può avere un ambito più vasto della futura confisca.
- 69.** In ordine al tema relativo all'estensione dell'ambito di applicazione della disposizione in esame, L. CAPRIELLO, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato presupposto: le Sezioni unite chiariscono la portata applicativa del principio (ri)affermato da Corte EDU*, G.I.E.M. c. Italia, in *Cass. Pen.*, 2020, 4041 ss.
- 70.** Cass., Sez. II, Sentenza n. 19645 del 02.04.2021 – dep. 18/05/2021. Conformi: Cass., Sez. VI, Sentenza n. 14041 del 09.01.2020 – dep. 07.05.2020; Cass., Sez. III, Sentenza n. 8785 del 29.11.2019 – dep. 04.03.2020.
- 71.** Cass., Sez. III, Sentenza n. 15655 del 02.02.2022 – dep. 22.04.2022; Cass., Sez. III, Sentenza n. 12236 del 21.01.2022 – dep. 04.03.2022; Cass., Sez. III, Sentenza n. 7882 del 21.01.2022 – dep. 04.03.2022; Cass., Sez. III, Sentenza n. 39157 del 07.09.2021 – dep. 29.10.2021; Cass., Sez. III, Sentenza n. 20793 del 18.03.2021 – dep. 26.05.2021.
- 72.** Corte cost., ordinanza n. 97 del 01.04.2009.
- 73.** Cass., Sez. un., Sentenza n. 18374 del 31.01.2013 – dep. 23.04.2013; Cass., Sez. un., Sentenza n. 10561 del 30.01.2014 – dep. 05.03.2014; Cass., Sez. un., Sentenza n. 31617 del 26.06.2015 – dep. 21.07.2015.
- 74.** Corte cost., sentenza n. 32 del 12.02.2020.

La *business judgement rule* e il sindacato del giudice penale sull'adeguatezza degli assetti organizzativi

Valerio Rochira

Cita come:

La business judgement rule e il sindacato del giudice penale sull'adeguatezza degli assetti organizzativi, in *Rivista di Diritto Penale di Impresa* 1/2022, 55-70. DOI: <https://doi.org/10.35948/RDPI/2022.5>

Accettazione: 10/06/2022

Pubblicazione: 25/07/2022

Valutazione:

Articolo sottoposto a revisione scientifica

Licenza e Copyright:

 Articolo disponibile in accesso libero

© 2022 | Autori



Abstract

La riforma della crisi d'impresa, come noto, ha interessato anche il codice civile attribuendo all'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva il dovere, in funzione della rilevanza tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

Il giudizio sull'adeguatezza degli stessi comporta, inevitabilmente, il possibile sindacato sulla colpa delle condotte dell'amministratore; v'è bisogno, dunque, di analizzare l'ampiezza dei poteri di chi è chiamato a sindacare sulle scelte gestorie dell'imprenditore, atteso che deliberare in ordine all'adeguatezza di un assetto organizzativo, amministrativo o contabile – oltre ad avere immediate ricadute sulla responsabilità del titolare della gestione – potrebbe mal conciliarsi con la c.d. *business judgement rule*.

Ciò posto, si ritiene che l'introduzione dell'obbligo giuridico di adottare adeguati assetti organizzativi, allargando il contenuto della posizione di garanzia dell'imprenditore collettivo, estenda parimenti l'oggetto del *decisum* del giudice penale, chiamando così in causa la necessità di ragionare sull'opportunità del sindacato di quest'ultimo sulle scelte imprenditoriali.

Parole chiave: Business judgement rule; Assetti organizzativi; Fallimento e bancarotta; Compliance; Continuità aziendale

The reform of bankruptcy law, as is known, has also affected the civil code by providing, among other things, for the entrepreneur who operates in a corporate or collective form, the duty to establish organizational, administrative and accounting structures adequate to the nature and the size of the company, especially in relation to the timely detection of the crisis and the loss of business continuity.

Therefore, the judgment on the adequacy of the same will inevitably reflect on the judgment upon the liability of the directors, indeed, there is a need to analyze the extent of the powers of those called to judge the managerial choices of the entrepreneur, given that deciding on the adequacy of an organizational, administrative or accounting structure - in addition to having immediate repercussions on the responsibility of the board of directors - might not match with the so-called "business judgment rule".

Therefore it is believed that the introduction of the legal obligation to adopt adequate organizational structures, expands the content of the guarantee position of the corporate entrepreneur, extending also the object of the criminal judge's decision, thus calling into question the need to reason on the opportunity of the latter of ruling business choices.

Keywords: Business judgement rule; Corporate governance management; Bankruptcy; Compliance; On going concern

Sommario

1. Un breve accenno all'indirizzo che appare prevalere nella giurisprudenza penale di legittimità - 2. La c.d. *business judgement rule* - 3. La *business judgement rule* e la responsabilità degli amministratori per il mancato o inadeguato assetto organizzativo - 4. Il sindacato del giudice penale sulle scelte gestorie dell'imprenditore: l'asserita inapplicabilità della *business judgement rule* nel processo penale - 5. Osservazioni critiche all'odierna impostazione giurisprudenziale

1. Un breve accenno all'indirizzo che appare prevalere nella giurisprudenza penale di legittimità

Le questioni che concernono la compatibilità della *business judgement rule* con il sindacato del giudice penale sulla responsabilità del titolare della gestione d'impresa non sembrano aver impegnato troppo il dibattito giurisprudenziale.

A onor del vero a chi scrive consta un unico precedente¹ in materia di *business judgement rule* e interessa la responsabilità per fatti di bancarotta². Deve a tal proposito precisarsi che l'analisi di tale problematica in relazione ai reati fallimentari giovi alla trattazione, in quanto l'obiettivo del presente studio è quello di decifrare i profili di operatività della *business judgement rule* con riguardo alla possibilità di giudicare l'adeguatezza degli assetti organizzativi, la cui predisposizione è divenuta, con la riforma della crisi d'impresa, uno degli obblighi che integrano la posizione di garanzia del titolare della gestione d'impresa.

Anticipando brevemente le conclusioni cui sono giunti i giudici di legittimità, con l'unica pronuncia che sembra davvero pertinente al caso di specie, la giurisprudenza penale non sembrerebbe incline a considerare l'esistenza di limiti (ancorché basati su presunzioni favorevoli) alla sindacabilità del fatto imprenditoriale, così come astrattamente rilevante in materia penale.

Segnatamente, adoperando un ragionamento molto più profondo – *ça va sans dire* – della semplice aprioristica esclusione del sindacato di discrezionalità imprenditoriale, in realtà la S.C. ha ritenuto con detto intervento che, limitatamente alle condotte dissipative della bancarotta patrimoniale, in quanto reato di pericolo in concreto, il sindacato del giudice penale non si esaurisca nella valutazione *ex ante*, poiché, non trattandosi di reati colposi (in cui rileva la prevedibilità ed evitabilità), l'effetto della condotta (*rectius* il dissesto) non può essere ignorato.

Secondo la Suprema Corte, infatti, i confini del sindacato sulla gestione dell'impresa sono determinati ed individuati dall'oggetto della tutela, costituito dall'interesse dei creditori

alla conservazione della garanzia, e contemporaneamente dalle stesse modalità di aggressione normativamente tipizzate e selezionate per l'incriminazione³.

Prima di entrare appieno nell'analisi delle criticità di tale orientamento è senza dubbio opportuno dare una definizione di *business judgement rule*.

2. La c.d. *business judgement rule*

Con il concetto di *business judgement rule* si intende la prassi, di elaborazione dottrinale statunitense, che ha lo scopo di limitare il sindacato dell'autorità giudiziaria nell'ambito delle azioni di responsabilità contro gli amministratori, garantendo, in tal guisa, l'autonomia delle scelte gestionali da essi poste in essere.

Proprio con lo scopo di impedire un'eccessiva "ingerenza" dell'organo giudicante nel merito delle scelte gestorie degli amministratori, nel dibattito ermeneutico si è accolta di buon occhio questa *good practice*.

Lo spiraglio entro cui tale principio si è insinuato nel nostro ordinamento è costituito dal presupposto per cui l'amministratore risponde degli obblighi che derivano dalla legge e dallo statuto in ragione della propria competenza e della natura del proprio incarico: in sostanza l'obbligazione del titolare della gestione, seppur connotata da una diligenza qualificata, è pur sempre un'obbligazione di mezzi e non di risultato.

L'oggetto del sindacato del giudice, pertanto, non è costituito dall'obiettivo raggiunto, ma saranno in via esclusiva le modalità di esercizio del potere discrezionale che deve riconoscersi in capo agli amministratori e il rispetto degli obblighi generali, e specifici, previsti dall'ordinamento.

Detta regola, in estrema sintesi, discende dall'elaborazione dottrinale statunitense del diciannovesimo secolo che aveva analizzato le prime pronunce sulla responsabilità degli amministratori di società di capitali per vicende di cui si era occupata la giurisprudenza dello Stato del Delaware.

Oggetto del sindacato del giudice americano furono le valutazioni, effettuate dal *board of directors*, degli *assets* societari durante operazioni di fusione societaria, perciò l'accertamento della responsabilità di questi consistette nel verificare se i danni occorsi alla società, a seguito di dette operazioni, fossero addebitabili a inadempimenti.

La regola consiste, precisamente, in una presunzione secondo cui gli amministratori agiscono su base informata, in buona fede e nell'interesse della società, con la conseguenza di esonerare da responsabilità il *board of directors* laddove abbia agito in ossequio una serie di *fiduciary duties* quali: *the duty of care*; *the duty to monitor*; *the duty to inquiry*; *the duty of loyalty*.

3. La *business judgement rule* e la responsabilità degli amministratori per il mancato o inadeguato assetto organizzativo

L'introduzione del nuovo secondo comma all'art. 2086 c.c., per un verso allarga il campo di analisi dell'organo giudicante chiamato a decidere della responsabilità (civile e penale) del titolare della gestione d'impresa, per altro potrebbe restringere le ipotesi di colpa (o dolo) all'adozione inadeguata di assetti organizzativi, amministrativi e contabili, fatte salve le altre ipotesi tipiche.

Dalla lettera della novella, infatti, non v'è dubbio che gli assetti organizzativi, oggetto del nuovo obbligo giuridico, vincolino il gestore d'impresa con riferimento esclusivo alla continuità aziendale e alla prevenzione del rischio della crisi, onde consentirgli di intervenire tempestivamente sempre nell'ottica di continuità; tutto ciò ovviamente nell'interesse dell'impresa, per il perseguimento dello scopo sociale e il soddisfacimento della massa creditoria.

L'adeguatezza degli assetti, pertanto, merita un ragionevole apprezzamento da parte del giudicante e può – ma non necessariamente deve – permettere una via d'uscita all'imprenditore collettivo diligente.

Sebbene, infatti, il rischio d'impresa sia insito nell'esercizio della stessa, non vi deve essere un'esasperazione di tale concetto, dovendosi sempre tenere in mente che la garanzia dei creditori non può essere essa stessa la causa della congestione dell'attività d'impresa. L'interesse lucrativo e il perseguimento dello scopo sociale deve essere controbilanciato, e non soverchiato, dall'interesse dei creditori, anche perché solo l'attività d'impresa potrà accrescere l'attivo in favore proprio dei terzi in attesa di essere soddisfatti.

È per queste ragioni, dunque, che si ritiene doveroso un ripensamento di alcuni principi che regolano la responsabilità del gestore d'impresa⁴, donde la necessità di maggiore omogeneità tra giudicato civile e penale nel rispetto dei limiti e delle direttive costituzionali e convenzionali.

L'elaborazione dottrinale⁵ ha enucleato le condizioni entro cui operi l'insindacabilità delle scelte gestorie.

Innanzitutto la scelta non deve implicare alcun interesse diretto o indiretto degli amministratori, ossia non ci si deve trovare in presenza di decisioni infedeli (*i.e.*: che coinvolgano il più generico *duty of loyalty*).

Inoltre essa deve essere deliberata in "trasparenza di tutte le informazioni disponibili", nonché a seguito di una "prudente considerazione delle alternative".

Condizione indefettibile è, poi, l'aver agito in buona fede, nel compimento di "atti ragionevolmente rappresentanti lo scopo sociale".

Dal canto suo, la giurisprudenza⁶ richiama la necessità di distinguere tra obblighi gravanti sugli amministratori che hanno un contenuto specifico e già determinato dalla legge o dall'atto costitutivo – tra i quali rientra quello di rispettare le norme interne di organizzazione relative alla formazione e alla manifestazione della volontà della società – e obblighi definiti attraverso il ricorso a clausole generali, quali l'obbligo di amministrare con diligenza e quello di amministrare senza conflitto di interessi.

Mentre per questi ultimi la responsabilità dell'amministratore deve essere collegata alla violazione del generico obbligo di diligenza nelle scelte di gestione, sicché la diligente attività dell'amministratore è sufficiente ad escludere direttamente l'inadempimento, a prescindere dall'esito della scelta per gli obblighi specifici, costituendo la diligenza la misura dell'impegno richiesto agli amministratori, la loro responsabilità può essere esclusa solo nel caso previsto dall'art. 1218 c.c., quando cioè l'inadempimento sia dipeso da causa che non poteva essere evitata né superata con la diligenza richiesta al debitore dell'obbligo.

Si è ancora precisato che, sebbene sia vero che non sono sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali, anche qualora presentino profili di alea economica superiori alla norma, resta invece valutabile la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente – se necessario con adeguata istruttoria – i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, così da non esporre l'impresa a perdite, altrimenti prevenibili⁷.

Nonostante la linea di confine tra “scelta sindacabile” e quella “non sindacabile” rimanga sottile, è certo che all'amministratore di una società non possa essere imputato l'aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca, ma non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società.

In definitiva, dunque, il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può investire le scelte di gestione o le modalità e circostanze di tali scelte, anche se presentino profili di rilevante alea economica. Al contrario il giudizio può concernere la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere e, quindi, l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo⁸.

Ora, è proprio in questa area di sindacabilità che si inserisce l'intervento di riforma del legislatore del codice della crisi d'impresa con cui si è introdotto l'obbligo per il titolare della gestione societaria di adottare idonei assetti organizzativi volti alla prevenzione del rischio.

Ci si domanda, allora, come il giudizio sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo imposto dal novellato art. 2086 c.c. possa risentire della *business judgement rule*. Analoga questione si era già posta con riguardo agli assetti organizzativi previsti dall'art. 2381 co. 5 c.c., nonché ai doveri di controllo dei consiglieri senza delega sull'amministratore delegato di cui all'art. 2381 co. 3 c.c. In questi casi la risposta era prevalentemente giunta ad attribuire all'amministratore delegato le colpe per la mancata o difettosa adozione di cautele organizzative, e ad imputare ai colleghi senza delega l'omesso controllo organizzato – in contrasto con il c.d. agire informato – sul consigliere delegato.

Con riferimento all'obbligo dettato dalla nuova disciplina di cui all'art. 2086, co. 2, c.c., è necessario prendere in considerazione due distinte ipotesi di potenziale inadempimento: l'assoluta mancanza di modelli organizzativi oppure l'inadeguatezza degli stessi.

Con riguardo alla prima ipotesi, l'amministratore (delegato o non) che ometta in maniera assoluta di dotarsi di adeguati assetti si esporrà ad un'inevitabile censura, privandosi di qualsiasi riparo dalla sindacabilità del giudicante.

La mancata adozione di un modello, sebbene costituisca una scelta di politica gestoria, sarà comunque oggetto del sindacato giudiziale, perché in contrasto con l'archetipo di legalità della gestione oggi cristallizzato nel novellato art. 2086 c.c.

Infatti, così come l'art. 2381 comma 5 c.c., anche l'art. 2086 comma 2 c.c., dispone un obbligo specifico di condotta, la cui omissione è essa stessa fonte di responsabilità ex art. 1218 c.c.

Inoltre, il riferimento, che entrambe le richiamate disposizioni fanno «alla natura e alle dimensioni dell'impresa», introduce un parametro oggettivo (sebbene poco tassativo) cui potrà conformarsi il giudicante, che, in quanto tale, è certamente sottraibile al divieto di sindacabilità dell'attività gestoria.

Giova ricordare quanto detto sopra circa la sindacabilità dell'*iter decisorio* che ha portato alla scelta (e non al risultato di questa).

Premesso che il giudizio possa estendersi alla ragionevolezza del procedimento decisionale, va da sé che la mancata attuazione di obblighi di legge non possa che essere considerata come inadempimento.

Pertanto ad essere vietato è soltanto il sindacato su comportamenti e scelte che non siano imposti da norme cogenti fonti di obblighi specifici⁹.

Nella seconda ipotesi, nel caso di sindacato giudiziario sull'inadeguatezza degli assetti, il tema è senz'altro molto più articolato.

Bisogna infatti domandarsi se la regola della *business judgment rule*, nata e sviluppatasi con riferimento alle scelte imprenditoriali degli amministratori, possa applicarsi alle scelte di carattere "organizzativo" da essi poste in essere.

La giurisprudenza, soprattutto di merito, tende a dare risposta affermativa, partendo proprio dalla formulazione del già citato art. 2381 c.c., che pone a carico degli amministratori il dovere di curare l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.

Tale conclusione trova più decisa giustificazione con l'introduzione dell'art. 2086 comma 2 c.c. e l'estensione positiva di tale principio alla disciplina che regola gli obblighi dell'amministratore in tutte le forme societarie.

Sebbene la scelta di carattere organizzativo rimanga pur sempre una scelta afferente al merito gestorio, per cui vale il criterio dell'insindacabilità, la *business judgement rule* incontra i limiti già sopra esposti: la ragionevolezza della scelta effettuata e l'assenza di manifeste violazioni cautelari nell'*iter* decisorio, ferma la necessità di eseguire la valutazione su tali aspetti alla luce della competenza e della natura dell'incarico.

Il quesito si specifica allora nel presente interrogativo: se ed in quali termini possa essere sindacata la scelta di una determinata struttura organizzativa piuttosto che un'altra, ai fini della rilevazione tempestiva degli indici della crisi e della perdita della continuità aziendale.

Inoltre, si pone l'esigenza di capire se un eventuale deficit organizzativo possa consentire di affermare la responsabilità dell'organo gestorio, laddove siano state assunte determinate scelte relative alla pianificazione degli interventi per prevenire la degenerazione della crisi, che poi si siano invece rivelate dannose o fallimentari.

Ebbene, secondo una recente pronuncia di merito¹⁰, sotto entrambi i profili (sia quello della rilevazione della crisi, sia quello degli interventi conseguenti), le scelte dell'amministratore – siano esse prettamente gestionali ovvero di tipo organizzativo – possono essere sindacate nei limiti del principio della *business judgement rule*.

Ne deriva che, mentre da un lato appare certo che la mancata adozione di qualsivoglia misura organizzativa comporti di per sé una responsabilità dell'organo gestorio, dall'altra, si ritiene possibile assoggettare a sindacato giudiziale la struttura organizzativa predisposta dall'amministratore, nei limiti e secondo i criteri della proporzionalità e della ragionevolezza (e, precisamente, in questo ambito secondo i criteri della adeguatezza), giungendo perciò a verificarne l'idoneità a far emergere gli indici della perdita della continuità aziendale oltre che la ragionevolezza o non manifesta irrazionalità della tipologia degli interventi prefigurati dall'organo gestorio.

Tale verifica andrà effettuata sulla base di una valutazione *ex ante*, tenendo conto delle informazioni conosciute o conoscibili dall'amministratore, prescindendo perciò dai risultati concreti che poi sono stati raggiunti, dal momento che la responsabilità dell'amministratore presuppone pur sempre una condotta colposa o dolosa.

Ne consegue che incorre in condotte di *mala gestio* l'amministratore che ometta del tutto di approntare una qualsivoglia struttura organizzativa, rimanendo inerte di fronte ai

segnali indicatori di una situazione di crisi o pre-crisi.

Per contro, non potrà ritenersi responsabile l'amministratore che abbia predisposto delle misure organizzative che, con una valutazione *ex ante*, erano adeguate, secondo le sue conoscenze e secondo gli elementi a sua disposizione, a verificare tempestivamente la perdita della continuità aziendale.

Parimenti, non potrà ritenersi responsabile l'amministratore che, pur avendo tempestivamente rilevato – grazie alla struttura organizzativa predisposta – il venir meno della continuità aziendale, ponga in essere degli interventi che, successivamente, si rivelino inutili ad evitare la degenerazione della crisi (ed eventualmente il fallimento della società), qualora tali interventi, sempre sulla base di una valutazione *ex ante*, non risultino manifestamente irrazionali ed ingiustificati¹¹.

4. Il sindacato del giudice penale sulle scelte gestorie dell'imprenditore: l'asserita inapplicabilità della *business judgement rule* nel processo penale

Alcuni eccessi di rigorismo applicativo da parte della giurisprudenza penale, sembrano ricondursi ad un problema ricorrente, ossia il dubbioso margine di sindacabilità delle scelte imprenditoriali da parte del giudice penale.

Tale *vexata quaestio* si ritiene abbia matrici senza dubbio culturali viste, soprattutto, le divergenze tra l'interpretazione civilistica e la giurisprudenza penale.

Il dibattito, infatti, tende a sottolineare l'incapacità del giudice penale di immedesimarsi nelle vesti dell'imprenditore, per definizione propenso al rischio. Nondimeno, tale propensione non si ritiene possa sfociare in una presunzione di accettazione del rischio dissesto, secondo l'accezione eventuale penale, ma dovrebbe garantire dei margini di operabilità (e "fallibilità") in un'ottica costituzionalmente orientata alla proporzionalità e ragionevolezza, in ossequio agli artt. 2, 3 e 41 Cost.

Come premesso – dato che non constano precedenti in materia – l'unica pronuncia che rileva in materia¹² tende a caratterizzare in maniera decisa l'orientamento della giurisprudenza, ritenendo, invero, che, ai fini della configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta, non possa trovare applicazione la regola della cd. *business judgement rule*.

Tale categorico assunto è maturato nelle more di una decisione, in tema di bancarotta patrimoniale per condotte dissipative, che ha ritenuto infondate le doglianze dei ricorrenti circa la falsa applicazione di legge, visto il travalicamento dei limiti imposti da tale regola.

In sostanza – come si è detto in precedenza – la prassi statunitense richiede che nei casi in cui gli amministratori abbiano assunto una decisione qualificabile come ragionevole e razionale, al verificarsi di risultati negativi essi saranno affrancati da eventuali responsabilità, poiché titolari di una certa discrezionalità nel decidere sull'opportunità di un progetto.

Infatti, la gestione dell'attività di impresa comporta dei rischi, per cui estendere la cognizione del giudice anche al merito della decisione deprimerebbe l'attività di gestione, rallentando e compromettendo il processo decisionale, anche in riferimento a scelte corrette a livello procedurale (per qualità e quantità di informazioni acquisite) e sostanziale (in riferimento alla ragionevolezza al momento della deliberazione), che verrebbero compromesse pur di evitare risultati negativi.

L'aspetto è stato approfondito dagli studiosi¹³ sotto l'angolazione della differenza tra discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica, sino a giungere alla conclusione che sarebbero insindacabili le scelte frutto di discrezionalità imprenditoriale; viceversa sarebbero sindacabili le scelte discrezionali meramente tecniche, specie se prive di ragionevolezza o di buon senso. Difatti la libera scelta imprenditoriale interessa un'opzione tra le diverse possibili, mentre la discrezionalità tecnica utilizza determinate cognizioni – tecniche appunto –, che consentono di pervenire a risultati prestabiliti. Ragion per cui il difetto di esercizio della discrezionalità tecnica (*rectius*, il discostamento dal risultato “tecnicamente” atteso) sarebbe frutto di dolo, ovvero di imperizia, mentre la discrezionalità imprenditoriale potrà semmai essere viziata da imprudenza, anche se difficilmente sindacabile *a posteriori*¹⁴.

Il nostro ordinamento sembrerebbe, specie in tema di responsabilità civile, aver recepito l'applicabilità della regola della *business judgment rule* già in seno all'art. 2932 c.c.¹⁵; così come la giurisprudenza delle sezioni civili, anche prescindendo dalla BJR, è stata solita ritenere che all'amministratore di una società non possa essere imputato l'aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attenga alla discrezionalità imprenditoriale e possa pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società¹⁶.

In sostanza, quindi, deve ritenersi pacifico – nel panorama civile – che l'amministratore non possa essere responsabile di scelte economiche in ragione della discrezionalità imprenditoriale di cui è dotato. Può semmai rilevare colposamente l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive, normalmente richieste per una scelta economica, operata in quelle circostanze e con quelle modalità, il che implica la valutazione della diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere.

Pur condividendo tali premesse, però, la giurisprudenza penale in rassegna giunge, quasi aprioristicamente, a ritenere che l'assetto raggiunto dall'ermeneusi civilistica, sul tema della *business judgment rule*, «non possa essere automaticamente traslato nel campo della valutazione circa la sussistenza degli elementi costitutivi di un reato, quale la

bancarotta fraudolenta patrimoniale, che può involgere la considerazione di scelte imprenditoriali»¹⁷.

Il Supremo giudice penale ritiene, invero, che

«il concetto di fondo della *business judgment rule* sia connotato geneticamente dalla sua elaborazione in un contesto risarcitorio, tipicamente civilistico, il che, pertanto, non ne consente l'automatica applicazione in riferimento alla struttura di un reato, la cui configurazione non solo non si arresta sulla soglia della valutazione *ex ante* della scelta imprenditoriale, ma postula, altresì, l'accertamento di una esposizione a rischio del patrimonio sociale, in dipendenza da quella scelta»¹⁸.

Secondo la citata S.C., ai fini della valutazione della sussistenza della fattispecie di bancarotta fraudolenta quale reato di pericolo concreto, l'interprete deve necessariamente porsi nell'ottica del soggetto agente nella fase in cui egli aveva operato la scelta imprenditoriale, tuttavia è obbligato a considerare l'effetto che tale scelta ha determinato in concreto sull'assetto patrimoniale una volta intervenuto il fallimento (o la dichiarazione di stato di insolvenza).

Sicché si deve operare ben al di là della semplice valutazione di scelte discrezionali dell'imprenditore (e di tutte le conseguenti disquisizioni sui criteri ed i limiti di tale possibile valutazione),

«posto che non ci si trova affatto in presenza di fattispecie punita a titolo di colpa, bensì di fattispecie il cui elemento soggettivo è costituito dal dolo».

La peculiarità dell'operazione interpretativa – secondo detta impostazione – sta nella verifica, che si compie allorché si è già determinata una vicenda dannosa per la garanzia dei creditori, di cui occorre accertare se l'agente si fosse fatto carico, in prospettiva, nel momento in cui aveva adottato una certa opzione.

Tale valutazione *ex ante* va ben al di là di un sindacato avente ad oggetto scelte discrezionali, dovendo farsi carico di un accertamento ben più complesso ed articolato, consistente nel

«verificare se l'agente avesse previsto come possibili determinati esiti e conseguenze della propria scelta e della propria conseguente condotta, accettando la loro verifica, anche nella consapevolezza del danno che le stesse possono arrecare alla garanzia dei creditori e abbia, ciò nondimeno, agito».

Ciò che rileva, nel quadro ricostruttivo del giudice penale, non è una scelta irragionevole, ma una scelta del tutto macroscopica ed abnorme, ossia manifestamente configgente ed incoerente con la tutela del ceto creditorio e con la logica di impresa, tenuto conto del concreto contesto di riferimento sottoposto al giudicante.

5. Osservazioni critiche all'odierna impostazione giurisprudenziale

La ricostruzione giurisprudenziale sull'incompatibilità tra la *business judgement rule* e il libero apprezzamento del giudice penale, nella misura sin qui analizzata, sembra essere su più punti criticabile.

Innanzitutto, appare fortemente contraddittoria l'affermazione secondo cui il giudice penale che è chiamato a valutare la sussistenza degli elementi tipici di un fatto di bancarotta – patrimoniale soprattutto – debba non solo porsi nelle vesti *ex ante* dell'agente, ma considerare le conseguenze di tale condotta.

Tale affermazione stride fortemente con la pacifica considerazione del delitto di bancarotta patrimoniale quale reato di pericolo in concreto, atteso che la giurisprudenza di legittimità – come già analizzato – ha sempre escluso la necessaria riconduzione eziologica delle condotte di bancarotta al dissesto, anche sulla scorta della natura della sentenza dichiarativa di fallimento come condizione di punibilità *ex art.* 44 c.p. e non come evento del reato¹⁹.

Ragion per cui proprio le condotte di cui all'art. 216 comma 1 n. 1) L.F. dovrebbero essere valutate tenendo in considerazione la discrezionalità dell'imprenditore, specie nei casi in cui il fallimento venga dichiarato ad una considerevole distanza temporale dalla condotta distrattiva o dissipativa.

Anche perché, diversamente ragionando, addebitare un fatto (il fallimento) *a posteriori*, forzando la sussistenza *ex ante* degli elementi che costituiscono la condotta pericolosa potrebbe configurare derive *in malam partem*.

Vero è che la conseguenza di cui il giudice penale tiene conto (come precisato in sentenza) non è il dissesto, ma la diminuzione patrimoniale che abbia concretamente viziato la garanzia creditoria, ma è pur vero che la quasi totalità delle scelte imprenditoriali sono foraggiate con l'attivo patrimoniale. Pertanto, così come la *business judgement rule* non dovrebbe automaticamente impedire al giudice di sindacare, parimenti non tutte le scelte che implicano una disposizione dell'attivo debbano aprioristicamente essere sottratte da garanzie pacificamente riconosciute a tutti i livelli dell'ordinamento.

L'accettazione concettuale della *business judgement rule* altro non farebbe che permettere l'esercizio della funzione giudicante entro parametri di ragionevolezza, che anche ove presunta (trattasi pur sempre di presunzione semplice) sarebbe maggiormente compatibile con il principio di colpevolezza rispetto a una presunzione di rilevanza penale degli atti dispositivi dell'attivo patrimoniale.

Non trova apprezzamento da parte di chi scrive neppure il tema – solo lambito – sulla differenza di accertamento tra dolo e colpa.

Il reato colposo è pacifico sussista laddove venga violata una condotta cautelare, idonea *ex ante* a prevenire il verificarsi dell'evento di reato, e tale evento indesiderato si verifichi. Pertanto, seppur vero che reato colposo (reato d'evento) e reato doloso (potenzialmente configurabile in ragione di condotte pericolose) siano ontologicamente distinti, resta altresì indiscusso che la responsabilità colposa sia residuale e meno grave di quella per fatti dolosi.

Ragion per cui escludere aprioristicamente il ricorso ad una regola come la *business judgement rule* – che non è una massima d'esperienza, ma ha fondamenti legali – nei reati dolosi (anzi nei reati di bancarotta) è un approdo dogmatico e non ragionevolmente sostenuto, dal quale l'interprete dovrebbe rifuggire.

Sotto la medesima angolatura, non può ignorarsi che l'accertamento della responsabilità civile (basato su criteri probabilistici) è sicuramente meno rigoroso del giudicato penale che pretenderebbe un accertamento della responsabilità al di là d'ogni ragionevole dubbio.

Perciò anche in tal caso escludere l'applicabilità di una regola pacificamente accolta dalla giurisprudenza per gli stessi fatti, ancorché penalmente rilevanti, stride manifestamente con i principi generali della sanzione penale intesa come *extrema ratio*.

La sussidiarietà e frammentarietà del diritto penale dovrebbero far sì che si ricorra alla sanzione estrema a seguito di una naturale progressione di rimedi extra penalistici, perciò un medesimo fatto non può essere civilmente irrilevante, ma costituire un gravissimo illecito penale: tale conclusione violerebbe i principi di ragionevolezza e proporzionalità costituzionali.

Infine, non può ignorarsi che, ritenuta l'applicabilità della *business judgement rule* per la responsabilità dell'amministratore in sede civile, quest'ultima non farebbe altro che uscire dalla porta e rientrare dalla finestra. Invero, se tale regola non vale per il processo penale, pur operando pacificamente in sede civile, non ci si spiega allora perché il curatore fallimentare possa costituirsi parte civile nel processo penale fallimentare, adducendo come *causae petendi* gli artt. 2392 ss. c.c. in combinato con l'art. 2494bis c.c.

Alla luce delle sopra spiegate contrapposte argomentazioni, chi scrive ritiene semplicemente che nel frastagliato panorama della responsabilità penale per i reati concorsuali, l'esercizio del potere di giudicare la colpevolezza di una condotta dovrebbe rifuggire da logiche schematiche ed evitare di prescindere da analisi di meritevolezza *pro casu*.

Accettare l'applicabilità di una regola ormai insita nell'ordinamento come la *business judgement rule* non significa inibire il sindacato del giudice penale sulle condotte astrattamente lesive per la massa creditoria, ma dovrebbe "consentire" alla pubblica accusa l'accertamento (*beyond any reasonable doubt*) di tutti gli elementi costitutivi del

reato, in ossequio alla presunzione di non colpevolezza cristallizzata a livello costituzionale e convenzionale²⁰.

Gli strumenti di prevenzione del rischio d'impresa (*sub specie* quello penale) sono diffusi nell'ordinamento da decenni (e.g.: d.lgs. 231/2001; d.lgs. 81/2008 e ancor prima d.lgs. 626/1994, ecc.), è chiaro dunque ci fosse un *vulnus* in tal senso nella disciplina della responsabilità civile dell'amministratore.

La colpa del titolare della gestione d'impresa è giocoforza configurabile come una colpa d'organizzazione, alla stregua di quanto avviene in materia di responsabilità amministrativa degli enti, si ritiene dunque più che opportuno pretendere *apertis verbis* che il vertice di organizzazioni complesse debba dotarsi di assetti organizzativi (sulla falsariga dei M.O.G.) adeguati a prevenire il rischio di insolvenza ovvero a farvi fronte²¹.

L'esigenza di garantire la continuità aziendale dell'impresa non può che gravare su chi è il fautore delle *policy* di gestione ed è indubbio l'interesse collettivo a che ciò avvenga.

Segnatamente, il titolare della gestione d'impresa collettiva ha il dovere di istituire assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

Sebbene la genericità del concetto di adeguatezza degli assetti continui a lasciare ampio margine discrezionale all'organo giudicante, viene indicata la strada da seguire. Sicché sarà quanto meno rimproverabile la colpa del gestore d'impresa che si discosterà dal selciato della continuità aziendale laddove indugi nell'intervenire tempestivamente.

In pratica il legislatore, avendo negli anni offerto diversi strumenti deflattivi delle procedure concorsuali liquidatorie, chiede all'imprenditore lo sforzo di adeguarsi a quanto legalmente stabilito in materia pre-fallimentare.

Ovviamente si è ben consapevoli della fisiologia dei momenti di crisi dell'impresa, perciò, interpretando secondo ragionevolezza il disposto dell'art. 2086 co. 2 c.c., non violerà l'obbligo ivi previsto chi non riesce a sovvertire lo stato di crisi riportando l'impresa sul retto cammino della continuità aziendale e questo in quanto l'obbligazione del gestore rimane un'obbligazione di mezzi come ampiamente discusso.

Quel che si pretende, però, è di dotarsi di una struttura organizzativa idonea a prevenire e rilevare tempestivamente tutti i malesseri dell'impresa, in tal guisa permettendo un corretto e tempestivo intervento, sempre mirando l'orizzonte della continuità aziendale.

Ciò che sembra essere innovativo, perciò, è il ruolo di protagonista che assume la continuità aziendale rispetto alla classica garanzia per la *par condicio creditorum*²².

Sembrerebbe finalmente aver intuito il legislatore che la garanzia per i terzi creditori non risieda solo nell'attivo patrimoniale, il quale ha per definizione natura statica (sebbene gli accrescimenti o le diminuzioni), ma ciò che può garantire l'assolvimento degli oneri economici sono i flussi di cassa prospettici. Tant'è vero che il legislatore, anche nella recente riscrittura²³ dell'art. 2 lett. a) d.lgs. 14/2019, ha definito la crisi d'impresa come: «lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi».

Se dunque sembrerebbe richiedersi all'imprenditore collettivo una maggiore attenzione per il conto economico, forse andrebbero leggermente ripensati alcuni eccessi punitivi per operazioni che interessano l'attivo patrimoniale, atteso che la sua consistenza è comunque subordinata al rapporto costi e ricavi.

In conclusione, per chi scrive, l'art. 2086 secondo comma c.c. chiarisce l'obbligo giuridico dell'amministratore, integrandone la posizione di garanzia, donde la duplice rilevanza: da un lato l'adozione di un modello adeguato previene la crisi d'impresa nell'interesse economico generale; dall'altro il difetto di funzionamento o l'assoluta mancanza di un modello configurano violazioni che integrano la colpa specifica dell'amministratore, costituendo parametro di valutazione anche (ove ne ricorrano i presupposti) di responsabilità penali.

Va da sé che la novella assuma funzione integratrice del precetto penale, soprattutto nella misura in cui la violazione dell'obbligo da essa previsto sia causa del dissesto. Pertanto, anche allorquando il giudice penale (esprimendo un giudizio di valore) sia chiamato a giudicare l'adeguatezza degli assetti organizzativi atti a rilevare la crisi d'impresa, ad essere sindacata dovrebbe essere l'idoneità *ex ante* di prevenire la crisi; in particolare dovrebbe presumersi la ragionevolezza della scelta imprenditoriale e, viceversa, discutersi l'adeguatezza dell'operazione solo e soltanto sotto il profilo tecnico, tutto ciò in conformità con quella parte dell'ordinamento che riconosce la necessaria operatività della *business judgement rule*, siccome mutuata dalla nostra dottrina e giurisprudenza.

Note

1. Cass. pen. Sez. 5, Sentenza n. 7437 del 15/10/2020 – dep. 25/02/2021.
2. Si precise che sulla banca dati del C.E.D. della Suprema Corte di Cassazione, dalle ricerche effettuate da chi scrive, risulta quell'unico precedente.
3. Cass. pen. Sez. 5, Sentenza n. 34812 del 20/05/2019 – dep. 30/07/2019, Rv. 276775 - 0; Cass. pen. Sez. 5, Sentenza n. 44103 del 27/06/2016 – dep. 18/10/2016, Rv. 268206 - 0.

4. Per una più profonda analisi dei riflessi penalistici del novellato art. 2086 c.c., si rinvia a V. ROCHIRA, *La nuova gestione d'impresa*, Milano, 2022, 143 s.
5. Tra i tanti: G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, *Trattato delle società per azioni*, vol. 4, Torino, 1991, 329.
6. *Ex multis* Cass. Civ. Sez. 1, Sentenza n. 5718 del 23/03/2004, Rv. 571391 - 01.
7. Cass. Civ., Sez. 1, Sentenza n. 18231 del 12/08/2009.
8. Cass. Civ. Sez. 1, Sentenza n. 3409 del 12/02/2013.
9. C. ANGELICI, *La società per azioni. Principi e problemi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2012.
10. Tribunale Sez. spec. Impresa - Roma, 15/09/2020, testo completo del provvedimento disponibile sulla banca dati giurisprudenziale dejure.it.
11. Cfr. oltre alla pronuncia *ut supra*, Tribunale Roma Sez. spec. Impresa, 24/09/2020, testo integrale consultabile sempre sulla banca dati: dejure.it.
12. Cass. pen. Sez. 5, Sentenza n. 7437 del 15/10/2020 – dep. 25/02/2021.
13. Tra i tanti G.E. COLOMBO-G.B. PORTALE, *op. cit.*
14. Basti pensare che il legislatore concorsuale richiede per la bancarotta semplice operazioni “manifestamente imprudenti”, ovvero una “colpa grave”.
15. Segnatamente, l'art. 2392 comma 1 c.c. stabilisce che gli amministratori devono adempiere ai loro doveri «con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze». Pertanto, non essendo richiesto all'amministratore di essere dotato a priori di requisiti tecnici, inerenti all'attività d'impresa, ma di agire diligentemente alla luce di quelli che già possiede, la diligenza non costituisce un mero criterio di valutazione dell'esatto adempimento (come potrebbe ragionarsi ex art. 1218 c.c.), piuttosto configura il contenuto della posizione di garanzia, ossia l'obbligo giuridico di buona gestione della società, cui l'amministratore è tenuto a conformarsi.
16. «Ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione (o le modalità e circostanze di tali scelte), ma solo l'omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità» (Cass. civ., Sez. 1, Sentenza n. 3652 del 28/04/1997, Rv. 503948); successivamente poi in tema si è riconosciuta l'applicabilità della BJR in altre pronunce delle Sezioni civili: *ex multis*, Cass. civ. Sez. 1, Sentenza n. 3409 del 12/02/ 2013, Rv. 625022; Cass. civ. Sez. 1, Sentenza n.17441 del 31/08/ 2016, Rv. 641164; nonché Cass. civ., Sentenza n. 15470 del 22/06/2017, Rv. 644464
17. Cfr. sempre Cass. pen. Sez. 5, Sentenza n. 7437 del 15/10/2020 – dep. 25/02/2021 (v. parte motiva).
18. *Ibidem*.
19. Cass. pen. Sez. U, Sentenza n. 22474 del 31/03/2016 – dep. 27/05/2016, Rv. 266804 - 01.
20. Oggi l'art. 115bis c.p.p. parla addirittura di “presunzione di innocenza”.
21. Sulla stessa linea interpretativa cfr. R. RORDORF, *Gli assetti organizzativi dell'impresa ed i doveri degli amministratori di società delineati dal novellato art. 2086, comma 2, c.c.*, in *Diritto societario*, 12/2021, 1328.
22. Vi è, inoltre, chi, seppur partendo dai medesimi presupposti di chi scrive (*id est*, l'eccessiva tutela della *par condicio creditorum* rischia di congestionare l'attività aziendale, proprio a discapito della prima), in senso contrario limitatamente alle vedute di opportunità ed efficacia della riforma di cui all'art. 2086 c.c., invece, ritiene che quest'ultima consista in un ulteriore eccesso di attenzione per il ceto creditorio, facendo «arretrare gli archetipi dei modelli. Primo tra tutti la “sovranità dei soci” che abdica a favore della “sovranità dei

creditori” pervadendo l'intera struttura societaria, dalla fase genetica a quella crepuscolare». Cfr. C. ESPOSITO, *Lo statuto delle società in crisi e l'esilio della neutralità organizzativa*, in *Giust. Civ.*, 2021, 563.

23. La riscrittura della definizione di «crisi» di cui all'art. 2 d.lgs. 14/2019 è intervenuta – tra le altre modifiche – a seguito del d.lgs. n. 83 del 17 giugno 2022, che recepisce la c.d. direttiva “insolvency” ed entra in vigore il 15 luglio 2022.

La delega di funzioni e i ruoli di coordinatore per la sicurezza e preposto in cantiere

La trasferibilità del debito di garanzia del datore di lavoro

Stefano Nanni

Cita come:

Stefano Nanni, *La delega di funzioni e i ruoli di coordinatore per la sicurezza e preposto in cantiere. La trasferibilità del debito di garanzia del datore di lavoro*, in *Rivista di Diritto Penale di Impresa* 1/2022, 73-84. DOI: <https://doi.org/10.35948/RDPI/2022.7>

Accettazione: 13/06/2022

Pubblicazione: 25/07/2022

Valutazione:

Articolo sottoposto a revisione scientifica

Licenza e Copyright:



Articolo disponibile in accesso libero

© 2022 | Autori



Abstract

La Corte di Cassazione torna sulla delega di funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro e, in particolare, sui presupposti e i requisiti cui è subordinata l'efficacia liberatoria della posizione di garanzia a titolo originario e di vertice dell'organizzazione. Nel caso specifico, in capo al datore di lavoro di un'impresa edile, a fronte di contravvenzioni contestate nel cantiere ove questa operava, la responsabilità per i reati ascritti viene confermata nonostante la diligente designazione da parte sua di tutti i ruoli di cui la normativa vigente in materia impone la nomina (incluso il coordinatore della sicurezza e il preposto al montaggio di ponteggi). Si ritiene, infatti, che tali nomine siano insuscettibili di provocare una devoluzione della responsabilità penale alla stregua della delega di funzioni, questo perché la designazione costituisce solo l'adempimento parziale del debito di garanzia del datore di lavoro, alla cui integrale ottemperanza concorrono gli altri soggetti che sono direttamente destinatari di ulteriori obblighi di legge già in via originaria e non derivata.

Parole chiave: Delega di funzioni, Sicurezza sul lavoro, Posizione di garanzia, Garante originario, Garante derivato

The Supreme Court returns to the delegation of functions in the field of health and safety at work and, in particular, to the conditions and requirements to which the release effectiveness of the original and top management position of guarantee is subject. In the specific case, despite the diligent designation by him of all the roles which the current legislation requires the appointment (including the safety coordinator and the person in charge of scaffolding assembly), the responsibility of the employer of a company construction for the crimes committed on the construction site was confirmed. It is believed, indeed, that such appointments are unable to provoke a devolution of criminal responsibility such as the delegation of functions, this is because the designation constitutes only the partial fulfillment of the employer's guarantee debt, whereas the full compliance is ensured by the aforementioned appointed subjects who are directly bound by the law.

Keywords: Delegation of functions, Health and safety on work, Position of guarantee, Original guarantor, Derivative guarantor

Sommario

1. Il caso - 2. L'individuazione della posizione di garanzia a titolo originario e alcuni cenni sull'efficacia liberatoria della delega di funzioni - 3. Gli effetti liberatori della nomina dei ruoli tecnici da parte del datore di lavoro - 4. L'estinzione del reato per i ruoli tecnici (coimputati): riflessi sulla responsabilità del datore di lavoro - 5. Conclusioni

1. Il caso

Con la pronuncia in disamina la Suprema Corte è tornata a discutere dell'efficacia della delega di funzioni in relazione alle posizioni di garanzia a titolo originario¹.

Il legale rappresentante di una società del settore edile veniva condannato, nella precedente fase di merito, per alcuni fatti contravvenzionali in materia di salute e sicurezza sul luogo di lavoro, accertati nel cantiere dove l'impresa stava operando mediante propri ausiliari e lavoratori.

Dai fatti processualmente accertati emerge che l'impresa avesse provveduto alla designazione delle persone incaricate di assumere i ruoli che la normativa vigente nel settore² pone l'obbligo di nominare al ricorrere dei presupposti: il direttore (tecnico) dei lavori, il coordinatore per la sicurezza in cantiere, il preposto, gli addetti al montaggio e allo smontaggio dei ponteggi³.

Si apprende dalla sentenza in commento che, proprio i due ruoli tipizzati dal d.lgs. n. 81/2008 (il c.d. T.U. sulla sicurezza e salute dei luoghi di lavoro), ossia il coordinatore e il preposto, avessero fatto ricorso all'oblazione e, pertanto, il reato ascritto nei loro confronti veniva dichiarato estinto.

Al collegamento della propria posizione – quella del datore di lavoro – con quella del coordinatore e del preposto, si ricollegano le questioni di maggior interesse affrontate dalla sentenza.

2. L'individuazione della posizione di garanzia a titolo originario e alcuni cenni sull'efficacia liberatoria della delega di funzioni

Il primo motivo di interesse della sentenza riguarda i criteri utili all'individuazione in concreto della posizione di garanzia, il cui ruolo è tipizzato nella normativa settoriale.

Nel caso di specie, il datore di lavoro è individuato nel legale rappresentante della società che gestisce l'attività d'impresa. Si può assumere che il modello di amministrazione e l'assetto organizzativo e gestionale della società fossero tali da rendere ineccepibile l'attribuzione all'imputato della qualifica di datore di lavoro secondo la definizione che di

questo ruolo di garanzia fornisce il Testo Unico Sicurezza⁴, rivestendo egli in ipotesi la carica di amministratore unico.

L'individuazione in concreto delle persone che, in ragione delle cariche da esse rivestite nell'assetto organizzativo vigente nella società, rispecchino i connotati dei ruoli di garanzia così come descritti in astratto dalla normativa, a cominciare da quello di vertice, ossia il datore di lavoro, rappresenta l'oggetto di un'indagine spesso complessa.

Nell'elaborazione del diritto penale d'impresa, l'obiettivo è quello di evitare responsabilità c.d. di posizione con la creazione artificiosa di centri di imputazione della responsabilità penale. Di qui l'esigenza che l'azione penale venga esercitata nei confronti dei soli soggetti davvero in grado per i loro poteri e per la loro posizione di influire sui fatti e sulle funzioni chiamati in causa dalla violazione della norma penale. E ciò anche per garantire che la tutela delle posizioni protette sia affidata a coloro che sono in grado di governare i fattori di rischio⁵.

La teoria interpretativa definita come formalista (o formale-civilista⁶), orientata a individuare i destinatari principali degli obblighi di sicurezza sulla base di criteri civilistici di natura formale (ad esempio, il soggetto titolare dei rapporti di lavoro), muove da analoghi presupposti: l'allocatione della posizione di garanzia viene fatta discendere, esclusivamente e inderogabilmente, dalla considerazione di quale sia il ruolo formalmente assunto nell'organizzazione. Secondo tale indirizzo la qualifica soggettiva, essendo elemento essenziale della struttura tipica del fatto di reato, giustifica che le tecniche di individuazione dei soggetti attivi nell'ambito della legislazione lavorista siano sufficienti per individuare la posizione di garanzia.

Alternativa concezione, quella funzionalista (o oggettivo-fattuale⁷), individua il soggetto attivo in colui che eserciti di fatto la funzione che caratterizza la condotta tipica del precetto penale, aprendosi perciò all'ipotesi che altri sia persona imputabile, se e in quanto dell'originario garante abbia una posizione identica sotto il profilo del dovere e del potere.

La più recente normativa sembra orientata a richiedere l'applicazione di ambedue i criteri sopra accennati, non accontentandosi della qualifica formale, ma richiedendo anche che la posizione effettivamente ricoperta si traduca in una concreta attribuzione di poteri decisionali e di disponibilità di spesa⁸.

Esulando i confini della presente nota l'approfondimento ulteriore delle ricostruzioni appena richiamate⁹, è sufficiente notare che la posizione di garanzia "primaria" veda come destinatario l'imprenditore/datore di lavoro¹⁰. Nella sentenza in commento la posizione di garanzia che viene attribuita all'imprenditore/datore di lavoro, dunque, è ritenuta idonea ad orientare l'indagine sulla imputabilità del fatto in ambito penale: in

forza della sua posizione, della disponibilità di poteri e della capacità di incidere sull'organizzazione e sullo svolgimento dell'attività produttiva¹¹.

Ora, sebbene il caso preso in esame dalla sentenza in commento si presenti come non particolarmente complesso nella sua dimensione fattuale, esso richiama i termini di una questione, più generale, assai rilevante: l'individuazione dei ruoli di garanti a titolo originario e quelli, eventuali, a titolo derivativo (delega).

Sotto questo profilo, l'interprete è chiamato a ricostruire non solo in via letterale ma anche in via sistematica il perché della scelta del legislatore, nella materia della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, della tipizzazione normativa di molteplici ruoli di garanzia "a titolo originario".

Un *unicum*, questo, nel panorama della tecnica legislativa.

Solo nella materia della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, infatti, si possono contare così tanti ruoli (taluni ordinati anche gerarchicamente tra loro) definiti come garanti di distinti oneri di prevenzione e protezione: datore di lavoro, dirigente, preposto, responsabile lavori, ognuno in ipotesi coadiuvato, ciascuno a diverso titolo, dal servizio di prevenzione e protezione, coordinatori per la sicurezza (in fase di progettazione e/o di esecuzione), ecc.

Nulla di paragonabile ad altre materie ove, analogamente, il legislatore attribuisce all'ente (e.g. impresa, società) l'obbligo di adoperarsi affinché sia realizzata la miglior tutela ragionevolmente disponibile per i beni superiori che della norma sono la *ratio*. Basti pensare alla tutela dell'ambiente, dove non si rinviene nessun ruolo di garanzia tipizzato se non quello, generico e dal significato nemmeno univoco, di "gestore"; e ancora, nel campo della tutela della privacy e protezione dati non si ritrova nemmeno più la figura del "responsabile del trattamento dati" che, vigente il vecchio Codice della privacy e quindi prima dell'entrata in vigore del Regolamento europeo noto come "GDPR", era un ruolo (interno) per certi versi tipizzato come garante della conformità normativa dei trattamenti rispetto ai quali il responsabile aveva il potere di definirne le finalità e i mezzi; e, in ultimo, si pensi alla tutela dell'igiene e sicurezza alimentare, nella cui normativa di riferimento, si trova solo un accenno al ruolo di "operatore del settore alimentare", ruolo che, peraltro, si deduce possa essere rivestito dall'impresa alimentare in quanto tale (persona giuridica) anziché necessariamente da un intraneo ad essa (persona fisica).

Datore di lavoro è, dunque, il vertice dell'organizzazione e gestione dei fattori produttivi, in quanto esercita su entrambe le dimensioni poteri decisionali e di spesa; restando egli (o la società di cui egli rappresenta organicamente il vertice), il titolare del rapporto di lavoro con i singoli lavoratori, dipendenti e non.

La sentenza in rassegna difetta di un approfondimento sulla questione, risultando l'imputato inquadrato come datore di lavoro in quanto legale rappresentante della società.

L'attribuzione del ruolo (datore di lavoro) esclusivamente in base al dato ricavabile dallo statuto dell'ente (*i.e.*: legale rappresentanza), potrebbe in altri contesti, magari più complessi di quello oggetto del caso in commento, essere fuorviante.

La coincidenza tra il concetto di legale rappresentanza e il ruolo di datore di lavoro in materia antinfortunistica (e quindi l'imputabilità dei fatti di reato) rappresenta un'argomentazione ormai superata, a meno che a questa si accompagni altro potere organizzativo e gestionale di vertice. Sarebbe questo il caso (peraltro frequente), ad esempio, del Presidente del consiglio di amministrazione sfornito di specifici poteri gestori. Datore di lavoro è, infatti, il vertice dell'organizzazione e gestione dei fattori produttivi, in quanto esercita su entrambe le dimensioni poteri decisionali e di spesa; restando egli (o la società di cui egli rappresenta organicamente il vertice), il titolare del rapporto di lavoro con i singoli lavoratori, siano dipendenti o meno.

3. Gli effetti liberatori della nomina dei ruoli tecnici da parte del datore di lavoro

Altra questione di interesse trattata dalla sentenza riguarda la suscettibilità, o meno, di provocare la liberazione del datore di lavoro dalla responsabilità penale contestatagli nella contravvenzione, per avere egli provveduto, diligentemente, alla nomina di tutte le figure di profilo tecnico previste dalla legge in materia di salute e sicurezza sul lavoro, anche e nello specifico ambito dei cantieri edili.

L'imputato, infatti aveva diligentemente provveduto alla designazione degli altri ruoli di gestione del rischio e della prevenzione e protezione in materia (coordinatore e preposto), e su questa base si fonda l'argomento secondo il quale detto adempimento avrebbe dovuto escludere il profilo di responsabilità penale per la contravvenzione ascrittagli in qualità di datore di lavoro.

Quasi a dire, in altri termini, che l'aver ottemperato all'obbligo di designazione delle persone nei ruoli che la norma obbliga il datore di lavoro di nominare, avrebbe dovuto implicare l'accertamento dell'avvenuto soddisfacimento della clausola di garanzia correlata al proprio ruolo (datore di lavoro a titolo originario), sì da costituirlo "debitore" nei confronti del lavoratore per la tutela della sua salute e sicurezza e, al tempo stesso, soggetto imputabile per la violazione della norma penale.

Anche al netto della mancata conoscibilità di alcuni fatti accertati oggetto dell'accertamento processuale nell'antecedente fase di merito, la questione che si pone riguarda la possibilità che gli incarichi conferiti al coordinatore della sicurezza e al preposto abbiano la capacità di escludere la responsabilità penale a carico del datore di lavoro che proprio quei ruoli ha costituito. Una volta nominati sarebbero essi, in luogo

dell'altro, i necessari ma anche sufficienti garanti dell'adempimento degli obblighi di sicurezza nel cantiere in cui avviene l'accertamento della contravvenzione.

La sentenza nega questa ipotesi e ne esplicita il perché sotto un duplice profilo.

Il primo richiama il fatto che la disciplina in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro individua specificamente gli obblighi penalmente sanzionati con riguardo a ciascuna delle diverse posizioni di garanzia che vengono in rilievo. Non v'è dubbio, pertanto, che ciascuno risponda delle violazioni a sé propriamente imputabili.

Avuto riguardo ai cantieri temporanei o mobili, le misure dettate a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori (come noto nel titolo quarto del Testo Unico Sicurezza), prevedono specifiche sanzioni per l'inadempimento degli obblighi incombenti su ciascuno dei ruoli, ossia obblighi e sanzioni per i datori di lavoro, altrettanto per i coordinatori (per la progettazione o l'esecuzione dei lavori) e altrettanto ancora per i preposti.

Ne deriva, pertanto, che le persone che ricoprono ciascuno di detti ruoli restino esposte alla pena prevista per l'inadempimento a ciascuno di essi imputabile.

Il secondo profilo rimanda all'ipotesi in cui, per talune violazioni, ricorrono i presupposti per l'accertamento di un concorso di responsabilità in capo a diversi e distinti garanti.

Del resto, la tipizzazione di una molteplicità di ruoli rappresenta, per il legislatore della materia antinfortunistica, una scelta funzionale alla promozione della cooperazione tra ruoli diversi e ciascuno contraddistinto da livelli di potere diversificati (sulle scelte organizzative e gestionali), differenti gradi di competenze tecniche, maggiore vicinanza ai fattori di rischio, ecc. Il tutto allo scopo di consentire un'attività di prevenzione, o almeno protezione del bene giuridico rappresentato dalla salute e sicurezza sul luogo di lavoro, nel modo più organico, partecipato e adeguato possibile.

Tale cooperazione, e il coordinamento che resta onere precipuo del vertice, permea di per sé la struttura logica, e anche cronologica, dei precetti descritti nel Testo Unico Sicurezza.

L'onere, ad esempio, di procedere alla nomina del coordinatore per la sicurezza nelle due distinte fasi in cui di norma si articola il processo di progettazione e, poi successivamente, di esecuzione dell'opera edile, è l'esempio calzante del perché il legislatore abbia voluto rappresentare in un'articolazione logica e cronologica l'onere del vertice (committente o datore di lavoro) di affidare ad altro soggetto diverso da sé il coordinamento delle varie fasi di lavoro, assumendo che essa richieda competenze tecniche maggiori di quelle altrimenti riconducibili al datore di lavoro, e innescando anche con esso una virtuosa contrapposizione di interessi, idonea a garantire nel modo più efficace la verifica del livello di adeguatezza della gestione dei rischi e dell'adempimento delle misure di prevenzione e protezione ad esse correlate.

Dunque, argomentare che il vertice (datore di lavoro o, anche, committente) possa escludere ogni profilo di rilevanza penale derivante dalla propria posizione in virtù della nomina dei ruoli la cui designazione in concreto forma uno (tra gli altri) dei propri obblighi

a titolo originario, significa porsi al di fuori della logica del dato normativo. Quelle nomine, infatti, malgrado possano apportare maggior competenza tecnica nella gestione dei fattori di rischio presenti nel luogo di lavoro (coordinatore sicurezza) o, altrimenti, una maggior vicinanza alle fonti di detti rischi e, quindi, maggior capacità di incidere nell'immediatezza di un rischio attuale a richiamare i lavoratori alla necessità di adottare i comportamenti previsti per tali casi a tutela degli stessi (preposto), sono insuscettibili di provocare una devoluzione della responsabilità di fronte alla legge penale. Dal punto di vista del datore di lavoro, le nomine rappresentano soltanto l'adempimento di una quota frazionale del proprio debito di garanzia, all'adempimento complessivo del quale i ruoli da esso incaricati concorrono in base ad un proprio e specifico dovere, anch'esso riveniente dalla norma.

4. L'estinzione del reato per i ruoli tecnici (coimputati): riflessi sulla responsabilità del datore di lavoro

Si è detto che nel caso in esame gli altri ruoli coinvolti nella contravvenzione, tanto il professionista incaricato come coordinatore per la sicurezza quanto il preposto, avevano estinto i reati loro contestati ricorrendo all'oblazione.

Si pone allora la questione se l'estinzione della contravvenzione sopraggiunta in relazione alle altre posizioni di garanzia possa produrre l'estinzione della medesima contravvenzione anche in capo all'unico imputato rimasto, ossia il datore di lavoro.

La risposta è senz'altro negativa.

Nella sentenza in commento viene ricordato che nel caso specifico la responsabilità ascritta al datore di lavoro deriva dal "fatto proprio". Il che significa che detta responsabilità si aggiunge e non si sostituisce a quella ascrivibile agli altri ruoli, tipizzati dalla normativa di settore.

Pertanto, l'intervenuta estinzione del reato, sopraggiunta con riguardo a questi ultimi, è improduttiva di qualsiasi riflesso sugli inadempimenti ascritti al datore di lavoro per il fatto di questo.

Tuttavia, il datore di lavoro avrebbe potuto fare ricorso all'istituto della delega di funzioni nel cantiere ove la contravvenzione è stata accertata.

L'adempimento degli obblighi ad esso originariamente attribuiti dalla normativa avrebbe potuto essere oggetto di una delega di funzioni verso un proprio *alter ego* nel luogo di lavoro. Un'eventualità, questa, i cui effetti sarebbero comunque subordinati al soddisfacimento di precisi requisiti, una volta frutto della elaborazione giurisprudenziale e, dal 2008 in poi, con l'entrata in vigore dell'art. 16 d.lgs. 81/2008, divenuti norma positiva¹².

In altri termini, sebbene l'adempimento della nomina dei ruoli cd. "tecnici" sia di per sé idoneo a trasferire ad essi l'insieme delle attribuzioni che per legge incombono sul datore di lavoro (di cui le citate nomine rappresentano una quota parte), resta l'ipotesi che quelle designazioni, adeguatamente arricchite dei contenuti direttamente riconducibili a tutti e ciascuno gli obblighi del datore di lavoro e rese conformi alle condizioni cui gli effetti della delega sono subordinati, avrebbero potuto determinare il trasferimento della posizione di garanzia con riferimento al cantiere.

Tale ipotesi comporta la necessità di evitare l'indebita commistione tra le fonti genetiche della posizione di garanzia: quella originaria, che trova la propria fonte negli obblighi incombenti sullo specifico ruolo, e quello della derivata, che trova la sua fonte nella facoltà del datore di lavoro, ricorrendone presupposti e requisiti, di procedere alla delega di funzioni.

Interessante è notare che la praticabilità della delega, dal datore di lavoro ai ruoli tipizzati dalla normativa in materia e perciò astrattamente imputabili in proprio rispetto ad eventuali inadempimenti degli obblighi su di essi incombenti, non viene astrattamente esclusa dalla sentenza in commento.

Lo si deduce dal richiamo alle "rigorose condizioni di legge" che la sentenza richiama e che, evidentemente, non sono state ravvedute essere soddisfatte nel caso specifico avuto riguardo agli atti di conferimento degli incarichi di natura tecnica (tra cui il direttore lavori, il coordinatore per la sicurezza e il preposto).

In particolare, assumendo che i delegati avrebbero potuto essere i (precedenti) coimputati, vengono sottolineate due precise condizioni nel rispetto delle quali vi sarebbe in teoria potuto essere una considerazione della ipotesi della delega di funzioni: la competenza tecnica che dovrebbe essere patrimonio del soggetto (altro rispetto al datore di lavoro) delegato; l'attribuzione di poteri decisionali e di intervento propri del delegante al delegato.

5. Conclusioni

La delega di funzioni è strumento atto a determinare la liberazione della persona che, dato il proprio ruolo nell'organizzazione dell'impresa, assume la posizione di garanzia di datore di lavoro secondo la definizione normativa.

L'individuazione del datore di lavoro, quale potenziale delegante, rappresenta pertanto il primo accertamento necessario, cui consegue la ricostruzione dell'insieme degli obblighi il cui eventuale inadempimento può dare luogo alla responsabilità per fatto proprio in sede penale.

Ricorrendone i presupposti e nel rispetto delle rigorose condizioni stabilite dalla legge, il conferimento (revocabile) da parte del datore di lavoro della capacità di svolgere in sua

vece determinate attività o compiti originariamente su di esso incombenti per legge, e di esercitare, nell'interesse oggettivo tutela dalla stessa norma, i poteri e i mezzi messi a disposizione del delegato, può determinare la liberazione dalla responsabilità penale del primo.

Tra i requisiti delle delega, quelli richiamati incidentalmente dalla sentenza in commento sono certamente essenziali.

La delega di funzioni si definisce come il mezzo mediante il quale si tenda a colmare la "distanza" tra i vertici aziendali e le "fonti di pericolo" e, pertanto, deve mirare a ridurre il deficit di competenze tecniche specifiche degli obbligati *ex lege*, a cominciare proprio dal datore di lavoro¹³.

Il possesso dei requisiti di professionalità ed esperienza attengono alla sfera individuale del soggetto delegato, mentre, dal punto di vista del delegante, essi richiamano l'attenzione sulla necessità che la scelta del delegando sia fatta in ragione del paragone tra dette specifiche qualità e la natura delle funzioni delegate.

La diligenza del delegante, quindi, si misura nella consapevolezza e nella accuratezza di tale individuazione e paragone, allo scopo di evitare non solo una *culpa in eligendo* ma, anche e soprattutto, il venir meno completo degli effetti della delega.

Si pone poi la questione dei poteri che è necessario (o anche solo opportuno) vengano conferiti al delegato. La tipologia dei poteri di cui deve trattarsi nella delega è quella dei poteri non tanto e solo di spesa ma anche e soprattutto di quelli che possano decidere di una o più fasi del processo produttivo; poteri, cioè, idonei a consentire al delegato di incidere con autonomia decisionale sull'organizzazione, gestione e controllo del processo produttivo. E ai poteri dovrà accompagnarsi la facoltà di disporre autonomamente dei mezzi (budget, risorse interne e esterne, etc.) che la società abbia stanziato e messo a disposizione del perseguimento della conformità normativa e, quindi, a disposizione dell'eventuale delegato.

Tuttavia, è noto che, nella pratica, munire il delegato di tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla natura delle funzioni delegate ponga un interrogativo su quali poteri di controllo residuino in capo al delegante e quali siano le modalità in cui tale controllo è opportuno che si esplichi.

Senza trascurare, poi, che l'effetto della segregazione delle responsabilità tra delegante e delegato viene unanimemente subordinato alla non-ingerenza del primo sulle scelte operative del secondo.

All'interno delle organizzazioni la questione può assumere profili di complessità non irrilevanti, posto che la linea di discriminare tra controllo e ingerenza può non apparire di facile demarcazione. Il persistere, infatti, di un vincolo gerarchico tra i soggetti coinvolti nella delega, può indurre nel delegante l'errata convinzione di poter in ogni momento avocare a sé la cura provvisoria di fasi contingenti del processo produttivo, oppure di aver

mantenuto un potere di controllo ficcante a tal punto da mettere in discussione potenzialmente ogni singola scelta del delegato, modificandone magari anche gli esiti una volta si siano già prodotti.

Del problema è necessario che il delegante prenda consapevolezza dal momento che la delega di funzioni determina un mutamento del proprio obbligo originario che diventa quello di esercitare un adeguato controllo sull'efficace attuazione della funzione da parte di colui al quale essa è stata delegata¹⁴.

In conclusione, vale la pena di notare che, nello specifico ambito dei cantieri temporanei, il d.lgs. 81/2008 (Testo Unico Sicurezza) abbia enucleato un ulteriore e specifico ruolo che, rispetto a quello del committente, si atteggia proprio come un delegato di funzione¹⁵, ossia come un ruolo per sé stesso destinato ad assumere, in luogo del committente, compiti, poteri ma anche responsabilità di quello.

Si tratta nello specifico del ruolo del Responsabile dei lavori, ruolo che può essere designato dal committente e che nel singolo cantiere è deputato a costituirne il vero e proprio *alter ego*, assumendo un ruolo di promozione del coordinamento anche nei confronti del coordinato per la sicurezza e, soprattutto, assumendo pregnanti poteri nei confronti di tutte le imprese e fornitori operanti nel cantiere.

Note

1. Cass. Pen. Sez. 3 Sentenza n. 23834 del 13.05.2022 – dep. 21/06/202.
2. Giova precisare che la maggior parte delle figure sono direttamente previste dal d.lgs. n. 81 del 9 aprile 2008 (c.d. Testo Unico Sicurezza), in particolare dal Titolo IV in materia di cantieri mobili e temporanei. Nondimeno, l'obbligo di nomina del Direttore dei lavori nell'ambito delle opere pubbliche è previsto dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.d. Codice degli Appalti).
3. Cass. Pen. Sez. 4 Sentenza n. 23936 del 17/03/2010 – dep. 23/06/2010: «Non pertinente, rispetto all'addebito di non essersi avvalso, nelle fasi di realizzazione del ponteggio, della presenza di un preposto specificamente incaricato di sovrintendere ai relativi lavori, ed altresì generico, è il riferimento del ricorrente alla presenza di un incaricato della sicurezza del cantiere; costui, invero, ha compiti diversi rispetto al soggetto preposto alla direzione dei predetti lavori che, secondo il dettato legislativo (D.P.R. n. 164 del 1956, art. 17), devono essere eseguiti sotto la diretta e costante sorveglianza del preposto».
4. L'art. 2 d.lgs. 81/2008 definisce il datore di lavoro quale «soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa [...]».
5. C. BRUSCO, *La delega di funzioni alla luce del D.Lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. Merito*, 2008, 11, 2767.
6. T. PADOVANI, *Diritto Penale del lavoro. Profili generali*, Milano, 1990.

7. A. FIORELLA, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1982.
 8. D. PULITANÒ, *Posizioni di garanzia e criteri d'imputazione personale nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, IV, 178 ss.
 9. Un quadro maggiormente dettagliato dell'elaborazione dottrinale in materia di delega di funzione viene tracciato in V. ROCHIRA - S. NANNI, *La delega di funzioni*, Milano, 2020, 168.
 10. P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da G. Marinucci e E. Dolcini, Padova, 2003, 427 ss.
 11. A. ALESSANDRI, *Impresa (responsabilità penali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino 1992, 195 ss.
 12. Si tratta, in particolare dei seguenti requisiti: atto scritto e data certa; accettazione per iscritto; adeguata e tempestiva pubblicità; possesso (delegato) di tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura del funzioni delegate; attribuzione di tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate.
 13. V. ROCHIRA – S. NANNI, *op. cit.*, 151.
 14. R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2012, 41.
 15. Per un maggiore approfondimento delle figure previste dal Titolo IV del d.lgs. 81/2008, si rinvia a V. ROCHIRA, *Interference risk management: la responsabilità derivante dal rischio interferenziale nei lavoro in appalto*, in Aa. Vv., G. De Marzo e A. Merlo (a cura di), *Lavoro e diritto penale*, Milano, 2021, 349.
-

Le sezioni unite sull'inapplicabilità della messa alla prova dell'ente

Francesca Di Muzio

Cita come:

Francesca Di Muzio, *Le sezioni unite sull'inapplicabilità della messa alla prova dell'ente*, in *Rivista di Diritto Penale di Impresa* 1/2022, 85-94. DOI: <https://doi.org/10.35948/RDPI/2023.13>

Accettazione: 15/11/2022

Pubblicazione: 11/12/2022

Valutazione:

Articolo sottoposto a revisione scientifica

Licenza e Copyright:



Articolo disponibile in accesso libero

© 2022 | Autori



Abstract

La Corte di Cassazione torna sul tema dell'applicabilità dell'istituto della messa alla prova all'ente, ponendo fine al contrasto giurisprudenziale che negli ultimi anni ha visto orientamenti opposti dare origine a differenti pronunce.

Con l'informazione provvisoria n.17 del 27/10/2022 la Cassazione afferma il seguente principio di diritto: «l'istituto della messa alla prova (art.168-bis c.p.) non trova applicazione con riferimento agli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001».

The Supreme Court deals again with the issue of the possibility for an entity to resort institution of probation; with this decision the Supreme Court put an end to the jurisprudential contrast which in recent years has seen opposing orientations give rise to different rulings.

With provisional information n. 17 of 10/27/2022, the Supreme Court affirms the following principle of law: «the institution of probation (art.168-bis of the criminal code) does not apply with reference to the entities indicated into d.lgs. 231/2001».

Parole chiave: messa alla prova, ente, decreto legislativo 231/01, inapplicabilità.

1. Il caso

In tema di applicabilità dell'istituto della sospensione del processo con la messa alla prova, era stata rimessa alle Sezioni Unite dalla Quarta sezione della Corte di Cassazione la seguente questione di diritto:

se il procuratore generale sia legittimato ad impugnare, con ricorso per cassazione, l'ordinanza che ammette l'imputato alla messa alla prova ai sensi dell'art. 464-bis c.p.p. nonché, in caso affermativo, per quali motivi la sentenza di estinzione del reato pronunciata ai sensi dell'art. 464-septies c.p.p.

All'esito dell'udienza tenutasi in data 27 ottobre 2022, le Sezioni Unite hanno affermato testualmente:

il procuratore generale è legittimato, ai sensi dell'art. 464-quater, comma 7 c.p.p., ad impugnare l'ordinanza di ammissione alla prova (art. 464-bis c.p.p.) ritualmente comunicatagli ai sensi dell'art. 128 c.p.p. In conformità a quanto previsto dall'art. 586 c.p.p., in caso di omessa comunicazione dell'ordinanza, è legittimato ad impugnare quest'ultima insieme con la sentenza al fine di dedurre anche motivi attinenti ai presupposti di ammissione alla prova. L'istituto dell'ammissione alla prova (art. 168 -bis c.p.) non trova applicazione con riferimento agli enti di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.

2. L'istituto della messa alla prova

L'istituto della messa alla prova introdotto con la legge n. 68 del 28 aprile 2014 costituisce una nuova causa di estinzione del reato e al tempo stesso un nuovo procedimento speciale. Consiste nella realizzazione di condotte volte all'eliminazione di conseguenze dannose derivanti dal reato¹ nonché, ove possibile, nel risarcimento del danno, nell'affidamento dell'imputato al servizio sociale e infine nella prestazione di lavoro di pubblica utilità. In *species* il trattamento consta nell'affidamento dell'imputato all'ufficio di esecuzione penale esterna (UEPE) affinché svolga determinate attività che consistono nello svolgimento con dedizione e diligenza di un lavoro di pubblica utilità, ovviamente a titolo gratuito e a favore della collettività intera, nonché nella piena riparazione delle conseguenze dannose che siano scaturite dal reato. È altresì obbligo dell'imputato provvedere a risarcire il danno cagionato con la sua condotta criminosa. Normalmente, accanto alle sopraindicate attività, il trattamento può prevedere che vengano imposti determinati obblighi all'imputato (divieto di frequentare determinati

luoghi, ecc.) a cui si aggiunge il necessario e costante contatto con l'ufficio di esecuzione penale, prodromico al reinserimento sociale. La norma alla quale fare riferimento per comprendere la portata dell'istituto *de quo* è l'art. 168 bis c.p.p. il quale dispone, al comma 1, che

Nei procedimenti per reati puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, nonché per i delitti indicati dal comma 2 dell'articolo 550 del codice di procedura penale, l'imputato può chiedere la sospensione del processo con messa alla prova.

Il comma 1 del predetto articolo consente di comprendere quali siano le condizioni che legittimano la richiesta della messa alla prova, mentre il comma 2 dispone che «La messa alla prova comporta la prestazione di condotte volte all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato, nonché, ove possibile, il risarcimento del danno dallo stesso cagionato». Comporta altresì l'affidamento dell'imputato al servizio sociale, per lo svolgimento di un programma che può implicare, tra l'altro, attività di volontariato di rilievo sociale, ovvero l'osservanza di prescrizioni relative ai rapporti con il servizio sociale o con una struttura sanitaria, alla dimora, alla libertà di movimento, al divieto di frequentare determinati locali con la finalità del reinserimento dell'imputato e alla sua provvida reintegrazione. Condizione *sine qua non* per presentare richiesta di messa alla prova è che si proceda per reati che siano puniti con la sola pena edittale che non sia superiore (se detentiva) nel massimo a quattro anni, sia essa congiunta o alternativa alla pena pecuniaria. Ai sensi dell'art. 168 bis comma 4 la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato non può essere concessa più di una volta e può essere formulata dall'imputato personalmente o a mezzo di procuratore speciale entro determinati termini², in particolare, può essere richiesta fino a che non siano formulate le conclusioni o sino all'apertura del dibattimento in primo grado, oltre che nel giudizio direttissimo, e nel procedimento di citazione diretta a giudizio. Laddove all'imputato fosse notificato il decreto di giudizio immediato, la richiesta può essere trasmessa nelle forme ed entro i termini di cui all'art. 458 comma 1 c.p.p.:

l'imputato, a pena di decadenza, può chiedere il giudizio abbreviato depositando nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari la richiesta, con la prova della avvenuta notifica al pubblico ministero, entro quindici giorni dalla notificazione del decreto di giudizio immediato.

Qualora invece si proceda con decreto penale di condanna la richiesta deve essere presentata in sede di opposizione. Infine l'art. 168 ter c.p.p. prevede espressamente che durante il periodo di sospensione del procedimento il corso della prescrizione del reato è sospeso e che l'esito positivo della prova estingue il reato per cui si procede. Con l'entrata

in vigore della Riforma Cartabia³ la sospensione del processo con la messa alla prova potrà essere proposta dal Pubblico Ministero a seguito della chiusura delle indagini preliminari con la possibilità per l'indagato di accettare il rito nel termine di venti giorni. Nella citazione diretta il termine decadenziale per richiedere l'ammissione è fissato alla conclusione dell'udienza predibattimentale. È prevista infine la possibilità di accedere a percorsi di giustizia riparativa.

3. Profili di applicabilità all'ente: le oscillazioni della giurisprudenza

La questione relativa all'applicabilità dell'istituto all'ente ha interessato tanto la giurisprudenza di merito tanto quella di legittimità le quali hanno oscillato su tesi contrapposte: l'una che ne ha negato l'accesso e l'altra che ha dato spazio a un'interpretazione in chiave evolutiva delle disposizioni del decreto 231, applicando la *diversion* processuale all'ente⁴.

Per la tesi negazionista si richiama l'ordinanza del Tribunale di Milano del 27 marzo 2017⁵, con la quale i giudici di merito respingevano la richiesta della difesa dell'ente, in un caso di infortunio sui luoghi di lavoro, di essere ammesso al rito deflattivo, escludendo che l'istituto della messa alla prova potesse ivi trovare applicazione.

Il Tribunale di Milano motiva il rigetto dalla richiesta della difesa dell'ente partendo dall'assunto che nessuna norma di cui agli artt. 168-bis c.p., 464-bis c.p.p. (e neppure del d.lgs. 231/2001) prevede espressamente che l'ente possa giovare dell'istituto, riconosce che la messa alla prova ha una dimensione prettamente ibrida che racchiude in sé sia profili di diritto processuale sia aspetti più schiettamente sostanziali: «la colloca nell'ambito dei procedimenti speciali alternativi al giudizio» e «realizza una rinuncia statutale alla potestà punitiva condizionata al buon esito di un periodo di prova controllata e assistita».

Stante la natura sostanziale dell'istituto, il Tribunale richiamava i corollari del principio di legalità ex art. 25, comma 2 Cost. in materia penalistica, affermando che:

in assenza, de jure condito, di una normativa di raccordo che renda applicabile la disciplina di cui agli artt. 168 bis c.p. alla categoria degli enti, ne deriva che l'istituto in esame, in ossequio al principio di riserva di legge, non risulta applicabile ai casi non espressamente previsti, e quindi alle società imputate ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001.

In merito al principio di riserva di legge richiamato Tribunale di Milano così precisava: «mentre il principio della riserva di legge può, a certe precise e limitate condizioni, essere

relativo quanto alla descrizione del precetto, esso ha carattere assoluto quanto all'individuazione della pena» e continua sostenendo come

la sanzione da applicare ad una fattispecie che ne sia priva non può essere rinvenuta attraverso l'interpretazione analogica. In caso contrario l'interprete della legge si trasformerebbe in legislatore con marcata incidenza negativa sia sul principio di certezza sia sulla stessa efficacia determinante delle disposizioni penali coinvolte in siffatta operazione interpretativa, diretta a correlare, con l'intervento del giudice il comportamento del soggetto attivo del reato ad una pena non costituente oggetto di specifica comminatoria legislativa (Cass. SS.UU., 26 maggio 1984, n. 5655).

La decisione del Tribunale di Milano di negare l'accesso dell'ente alla messa alla prova, assestandosi su posizioni interpretative ben consolidate nel panorama giurisprudenziale in materia di responsabilità da illecito, ha opposto un chiaro rifiuto al tentativo di adottare un approccio differente al sistema punitivo degli enti, ritenendo necessario preservare il valore della specialità delle previsioni del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, rispetto alla disciplina che concerne la responsabilità penale delle persone fisiche.

Di diverso avviso il Tribunale di Modena che con ordinanza dell'11 dicembre 2019 e successiva sentenza del 19 ottobre 2020 aveva ammesso l'ente alla sospensione del procedimento con la messa alla prova⁶, così come l'ordinanza del Tribunale di Bologna⁷ e più recentemente l'ordinanza del Tribunale di Bari⁸ del 16 giugno 2022 che conferma tale secondo orientamento.

Il Tribunale di Bari con l'ordinanza in esame ha ammesso una società alla messa alla prova in considerazione del fatto che l'applicazione dell'istituto *de quo* non determina alcuna violazione dei principi di tassatività e di riserva di legge tantomeno di analogia in quanto:

l'applicazione analogica dell'istituto della messa alla prova non contrasta col principio di tassatività della legge penale, poiché è in *bonam partem* attribuendo ulteriori chances difensive all'ente- imputato, che, tramite la volontaria sottoposizione a un programma trattamentale, ben potrebbe sottrarsi al giudizio ordinario e quindi alla eventuale applicazione di sanzioni anche afflittive.

Il Tribunale ha ritenuto l'istituto in esame compatibile con il sistema 231, evidenziando che non sussiste violazione alcuna dei principi sopra richiamati dal momento che il divieto di analogia opera solo quando genera effetti sfavorevoli per l'imputato, in virtù della ratio del principio di legalità – di cui il principio di tassatività costituisce corollario – volto a garantire la libertà personale del cittadino a fronte di possibili arbitri del potere esecutivo e giudiziario. L'ordinanza prosegue altresì evidenziando come non vi sia incompatibilità tra l'istituto della messa alla prova e le finalità del d.lgs. n. 231/01 individuate non nella retribuzione fine a se stessa, ma nella prevenzione speciale in chiave rieducativa:

si vuole indurre l'ente ad adottare comportamenti riparatori dell'offesa che consentono il superamento del conflitto sociale instaurato con l'illecito, nonché idonei, concreti ed efficaci modelli organizzativi che incidendo strutturalmente sulla cultura d'impresa, possano consentirgli di continuare a operare sul mercato nel rispetto della legalità o meglio di rientrarvi con una nuova prospettiva di legalità (ne costituiscono un chiaro esempio le disposizioni di cui agli artt. 6, 12 e 17 del d.lgs 231/01).

L'ammissibilità della messa alla prova dell'ente non determina neppure l'elusione dell'art. 17 d.lgs. 231/01, atteso che l'ambito di applicazione della norma citata non coincide affatto con quello della messa alla prova.

Tale articolo, difatti, stabilisce un trattamento sanzionatorio più mite nell'ipotesi in cui, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, l'ente ponga in essere delle condotte riparatorie, mentre la messa alla prova ha un oggetto ben più ampio, contemplando attività di volontariato sociale e prestazioni di pubblica utilità.

Infine, in ordine alla necessità per l'ente di dotarsi di un modello organizzativo al fine di poter accedere alla messa alla prova i giudici di merito osservano come la finalità rieducativa dell'istituto non viene meno tutte le volte in cui l'ente si doti del modello organizzativo prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, quand'anche ciò avvenga dopo la commissione del reato presupposto.

4. Riflessioni a margine

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno posto fine – non senza criticità – al contrasto giurisprudenziale fotografato dalle pronunce passate in esame, con particolare riguardo alla recente modifica dell'istituto ad opera della l. 27 settembre 2021, n. 134 (Riforma Cartabia).

La finalità deflattiva e premiale di detta modifica avrebbe permesso, se applicata all'ente, non solo di chiudere il procedimento penale in maniera veloce e favorevole per quest'ultimo, ma di recuperare la propria dimensione di premialità legata all'adozione di modelli organizzativi *ex post* che possano permettere all'ente il reinserimento all'interno del mercato concorrenziale. Nell'esperienza americana l'ente, al fine di evitare la prosecuzione del processo, si sottopone a un periodo di "osservazione" (in genere, da sei mesi a due anni) nel corso del quale si impegna ad adempiere una serie di obblighi, quali, tra gli altri, l'adozione o l'implementazione del proprio *compliance program*, talora sotto il controllo di commissari esterni (*monitor*), il versamento di una somma di denaro a vario titolo (*financial penalty*, risarcimento del danno, donazioni a istituzioni pubbliche o private di beneficenza) e la messa a disposizione del profitto conseguito ai fini della confisca. La

messa alla prova per l'ente dovrebbe rappresentare una nuova possibilità di reinserimento nel mercato economico dopo aver riacquisito le caratteristiche di legalità, efficienza e trasparenza, grazie all'adozione di quei correttivi che gli consentono di prevenire future condotte delittuose.

La decisione della Cassazione – di cui sarà interessante comprendere le motivazioni che saranno oggetto di ulteriore analisi – stride ancor di più se si pensa alla logica sottesa alla disciplina organica della giustizia riparativa⁹ che, nelle scelte del legislatore, interesserà non solo le persone fisiche ma anche gli enti. E dunque come si concilierà con questo arresto del giudice di legittimità?

In tale direzione la chiusura del caso Airbus in Francia¹⁰ riapre la discussione sulla messa alla prova dell'ente anche in Italia. Il Tribunale giudiziario di Parigi, il 30 novembre 2022, ha infatti convalidato una Convenzione giudiziaria di interesse pubblico (CJIP) a termine dell'indagine aperta nel 2016 contro il costruttore europeo di aerei, sospettato d'uso irregolare di consulenti per garantirsi appalti nel settore dell'aviazione civile. Detta Convenzione, stipulata tra il Parquet national financier (Pnf) e Airbus (ai sensi degli articoli 41-1-2 e 180-2 del Codice di procedura penale francese) per i presunti fatti di corruzione in Libia e Kazakistan, rappresenta l'estensione di una precedente Convenzione giudiziaria del 2020, in base alla quale il colosso dell'aeronautica si era già impegnato a pagare un'ammenda di circa 2 miliardi di euro e a sottoporsi a un "programma di conformità" di 3 anni sotto la supervisione dell'Agenzia anticorruzione.

Si arricchisce così la giurisprudenza sull'istituto, d'ispirazione nordamericana e introdotto in Francia nel 2016, che consente al Procuratore della Repubblica di proporre alla società accusata dell'illecito un accordo con le seguenti caratteristiche: versamento al Tesoro di una sanzione (proporzionale ai vantaggi ottenuti dalle violazioni, fermi alcuni limiti relativi al fatturato); sottoposizione a un programma di ripristino della legalità; indennizzo alle persone offese.

Dall'esempio francese arriva, quindi, una spinta a considerare la riorganizzazione virtuosa dell'ente come un momento cruciale nell'approccio alla prevenzione al corporate crime che è di beneficio non solo per il singolo ente ma per le persone offese e per tutta la collettività.

Orbene, in tale direzione sarebbe utile dare spazio a quell'interpretazione in chiave evolutiva delle disposizioni del "decreto 231", richiamando l'art. 49 del d.lgs. 231/01 che prevede espressamente la sospensione delle misure cautelari nelle ipotesi in cui la società o l'ente chieda al giudice di poter realizzare gli adempimenti di cui all'art. 17 d.lgs. 231/2001 relativi alle condotte riparatorie. E dunque attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 49 cit. che sospende le misure cautelari l'ente potrebbe accedere alla messa alla prova, chiedendo la sospensione del procedimento e qualora la *probation*

abbia successo ottenere l'estinzione dell'illecito amministrativo. Un meccanismo simile è contenuto anche nell'art. 65 del d.lgs. 231/01 che prevede che la società e/o l'ente prima della dichiarazione di apertura del dibattimento possa richiedere al giudice la sospensione del processo per provvedere ad attività riparatorie previste nell'art. 17 del decreto.

Pertanto l'ente potrebbe chiedere la messa alla prova già nella fase delle indagini preliminari proprio nell'ipotesi di applicazione di una misura cautelare che gli consentirebbe di riorganizzarsi in maniera virtuosa in modo da definire sia la vicenda cautelare sia il merito. La richiesta dovrebbe essere motivata attraverso la presentazione di un progetto di riorganizzazione dell'ente efficace ed efficiente, in grado di superare le problematiche che hanno indotto il giudice a ritenere il modello organizzativo inadeguato a prevenire i rischi di commissione dei reati.

Note

1. Sull'istituto della messa alla prova dell'ente si veda, F. DI MUZIO, *La messa alla prova nel procedimento penale degli enti. Quali prospettive?*, in *il Penalista*, Milano, 2017, p. 1 e ss.
2. La Riforma Cartabia nel novellato art. 464 bis c.p.p prevede che la sottoscrizione debba essere autenticata nelle forme previste dall'art. 583 comma 3, da un notaio, da altra persona autorizzata o dal difensore.
3. G. SPANGHER, *La riforma Cartabia*, Pisa, 2022, 725.
4. F. DI MUZIO, *op. cit.*
5. Trib. Milano, ordinanza, 27 marzo 2017, n. 13844.
6. G. GARUTI, C. TRABACE, *Qualche nota a margine della esemplare decisione con cui il Tribunale ha ammesso la persona giuridica al probation*, in *Giur. pen.*, 10, 2020, 1 s.
7. L.N. MEAZZA, *Messa alla prova e persone giuridiche: una nuova pronuncia del Tribunale di Bologna*, in *Giur. Pen.*, 2020, 1 s.
8. F. DI MUZIO, *Responsabilità 231 e messa alla prova. Il Tribunale di Bari ammette l'ente*, in www.generazione231.it, 2022, 1 s.
9. M. MONZANI, F. DI MUZIO, *La Giustizia riparativa dalla parte delle vittime*, Milano, 2018, 61 s.
10. L. LUPARIA, *Dlgs 231, il caso Airbus fa riflettere sulla messa alla prova delle imprese*, in *NT+Diritto*, 2022 (*passim*).

Amministratore di fatto e principio di effettività nel diritto penale tributario. Riflessioni su alcune incoerenze ermeneutiche della giurisprudenza della Corte di Cassazione

Luca Di Pedè

Cita come:

Amministratore di fatto e principio di effettività nel diritto penale tributario. Riflessioni su alcune incoerenze ermeneutiche della giurisprudenza della Corte di Cassazione, in *Rivista di Diritto Penale di Impresa* 1/2022, 95-107. DOI: <https://doi.org/10.35948/RDPI/2023.14>

Accettazione: 06/12/2022

Pubblicazione: 18/12/2022

Valutazione:

Articolo sottoposto a revisione scientifica

Licenza e Copyright:

 Articolo disponibile in accesso libero

© 2022 | Autori



Abstract

La Corte di Cassazione, con la sentenza in rassegna, ha confermato l'applicabilità della disciplina dell'amministratore di fatto ex art. 2639 del codice civile anche al settore del diritto penale tributario, in virtù di un'interpretazione estensiva che vede il principio di effettività, ivi desumibile, come un principio generale valevole per l'intero diritto penale economico. Come effetto del principio di diritto ivi stabilito, la S.C. rimette al giudice di merito il compito di valutare la pregnanza, ai fini dell'attribuzione della qualifica o della funzione di fatto, dei singoli poteri in concreto esercitati. Partendo dalla sentenza in esame, il contributo si propone di evidenziare le problematiche connesse alla continua espansione del richiamo al principio di effettività, ponendo in evidenza alcune contraddizioni ermeneutiche interne alla Corte di Cassazione, che mostrano come il principio testé citato non venga applicato in maniera eguale.

Parole chiave: Amministratore di fatto, Principio di effettività, Art. 2639 c.c., Principio legalità

The Court of Cassation, in the judgment under review, has confirmed the applicability of the regulations governing de facto administrator, as set forth in Article 2639 of the Civil Code, to the realm of tax criminal law. This affirmation is grounded in an expansive interpretation that recognizes the principle of effectiveness as a general precept applicable to the entirety of economic criminal law. As a result of the legal principle established in the aforementioned judgement, the Supreme Court has tasked lower courts with evaluating the significance of individual powers actually exercised, for the purpose of determining the attribution of the de facto qualification or function. Starting from the judgment under review, the contribution aims to highlight the issues arising from the continued expansion of the invocation of the principle of effectiveness, pointing out some hermeneutical contradictions inside the Supreme Court, which shows that it does not apply the above-mentioned principle in the same way.

Key words: De facto administrator, Principle of effectiveness, Art. 2639 civil code, Principle of legality

1. L'oggetto della sentenza

Con la sentenza n. 34381/2022¹ la seconda Sezione della Corte di Cassazione penale ha affrontato, con incisiva sebbene sintetica argomentazione, due temi che hanno animato il dibattito in dottrina e in giurisprudenza negli ultimi anni.

Il primo riguarda l'estensibilità della qualifica soggettiva dell'amministratore di fatto ex art. 2639 c.c. ai reati tributari disciplinati dal d.lgs. 74/2000, e quindi la possibilità che anche colui che non riveste formalmente alcuna qualifica nella compagine societaria possa rendersi autore delle fattispecie criminosive ivi contemplate.

Per quanto concerne il secondo aspetto, il Collegio ha esaminato quali siano le caratteristiche e i requisiti che determinano la qualifica di amministratore di fatto, ai fini dell'attribuzione della penale responsabilità per fatti di reato tributario.

Nel caso concreto, la Suprema Corte è stata chiamata a sindacare la legittimità di un'ordinanza cautelare del Tribunale di Milano (adito ex art. 310 c.p.p. su appello del P.M.), con cui era stata disposta la misura cautelare degli arresti domiciliari in relazione ai reati di intestazione fraudolenta di valori ex art. 512bis c.p. ed emissione di fatture per operazioni inesistenti di cui all'art. 8 d.lgs. n. 74/2000. Gli indici probatori su cui si fondava l'applicazione di predetta misura cautelare portavano a ritenere amministratore di fatto il soggetto sottoposto a misura coercitiva della società emittente fatture per operazioni inesistenti, in quanto «consapevole organizzatore di peculiari modalità operative della società in termini illeciti»².

Particolarmente interessante è la ricostruzione proposta dalla Suprema Corte a sostegno dell'applicabilità della misura cautelare al soggetto "extraneus", poiché ritenuto amministratore di fatto della società beneficiaria delle condotte fraudolente compiute da quest'ultimo per ottenere indebiti vantaggi fiscali (reati tributari che rappresentano quattro dei cinque reati contestati al soggetto sottoposto a misura cautelare).

Primus movens del ragionamento degli Ermellini è costituito dal dato normativo.

L'art. 2639, inserito nel codice civile con la riforma del Titolo XI operata dal d.lgs. 61/2002, il quale, sotto la rubrica «estensione delle qualifiche soggettive», ha legalmente disciplinato la responsabilità penale per i reati societari di quei soggetti che, seppur sprovvisti di qualifica formale all'interno della compagine societaria, svolgano «in modo continuativo e significativo i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione».

Si tratta di norma inserita formalmente nel codice civile e riferita al catalogo dei reati societari appartenenti al medesimo titolo. Tuttavia, questo formalismo topografico è stato superato sin dai primi commentatori che, ritenendo l'art. 2639 c.c. espressione di un principio generale, ne hanno ritenuto esportabile il precetto ad altri settori

dell'ordinamento³: tale impostazione è stata accolta ampiamente dalla giurisprudenza maggioritaria⁴.

Quindi, in presenza di un soggetto che, seppur formalmente estraneo all'organigramma societario, svolga in modo continuativo e significativo poteri tipici gestori, questi potrà essere chiamato a rispondere di un'ampia gamma di reati riconducibili alla figura dell'amministratore di diritto: reati societari (*ca va sans dire*) ma anche reati fallimentari nonché reati tributari.

La sentenza *de qua* non si allontana dall'impostazione testé citata, anzi, la rende propria, richiamando una pluralità di precedenti giurisprudenziali in relazione alla materia fallimentare⁵ – in realtà poco conferenti con il *thema controversus* – fino a confermarla anche in relazione ai reati tributari.

Inoltre, ai fini dell'attribuzione al soggetto della qualifica di amministratore di fatto, la Corte afferma che «non occorre l'esercizio di tutti i poteri tipici dell'organo di gestione, ma è necessaria una significativa e continuativa attività gestoria, svolta cioè in modo non episodico od occasionale»⁶.

Dunque, la Corte di Cassazione, onde confermare la correttezza dell'accertamento svolto dal giudice di appello in relazione all'applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari a carico dell'imputato, ha enunciato il seguente principio di diritto:

«Ai fini dell'attribuzione ad un soggetto della qualifica di amministratore "di fatto" di una società, può essere valorizzato l'esercizio, in modo continuativo e significativo, e non meramente episodico od occasionale, di tutti i poteri tipici inerenti alla qualifica o alla funzione, od anche soltanto di alcuni di essi; in tale ultimo caso, peraltro, spetterà ai giudici del merito valutare la pregnanza, ai fini dell'attribuzione della qualifica o della funzione, dei singoli poteri in concreto esercitati».

2. Il perimetro applicativo dell'art. 2639 c.c.: l'esercizio dei poteri di fatto e il sindacato del giudice del merito

Secondo il principio di diritto enunciato dalla Corte di Cassazione nella sentenza testé citata, spetta al giudice del merito - nell'esercizio del suo prudente apprezzamento - la valutazione della pregnanza dei singoli poteri in concreto esercitati dall'amministratore di fatto, al fine di decidere se quest'ultimo possa essere o meno chiamato a rispondere dell'illecito penale contestato.

A giustificazione e fondamento normativo di questa interpretazione nomofilattica è stata richiamata la portata espansiva dell'art. 2639 c.c. applicabile, ad avviso della Suprema Corte, anche al settore penal - tributario.

Pur non ripercorrendo il corposo dibattito che impegnò la dottrina prima dell'introduzione dell'art. 2639 c.c.⁷, si evidenzia che l'inserimento della norma in questione nel codice civile ha avuto il pregio di segnare i confini della figura dell'amministratore di fatto, superando le incertezze che avevano impegnato il dibattito ermeneutico sul punto.

Segnatamente, affinché un soggetto possa essere ritenuto amministratore di fatto di una società, è necessaria la sussistenza dei seguenti requisiti: a) esercizio dei poteri tipici dell'amministratore di diritto; b) esercizio continuativo dei poteri tipici dell'amministratore di diritto; c) esercizio significativo dei poteri tipici dell'amministratore di diritto.

Parte della dottrina⁸, con buone ragioni, ha richiamato alla necessità che i criteri appena menzionati debbano essere applicati in maniera rigorosa.

Pertanto, quandanche vengano esercitati tutti i poteri tipici dell'amministratore di diritto o soltanto alcuni di essi⁹, ai fini dell'operatività dell'art. 2639 c.c. è necessario che la condotta dell'amministratore di fatto si traduca «nell'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria in modo non episodico od occasionale»¹⁰.

Ciò posto, si evidenzia che lasciare eccessivo spazio interpretativo al giudice del merito nel valutare, nel caso concreto, "la gravidanza", ai fini dell'attribuzione della qualifica, dei singoli poteri in concreto esercitati (valutazione insindacabile in sede di legittimità se sostenuta da congrua e logica motivazione)¹¹ possa aver ricadute sulla legalità della legge penale.

Sebbene sia solo il giudice del fatto di reato a essere dotato di strumenti idonei a verificare il continuo e significativo esercizio dei poteri tipici dell'amministratore di diritto anche da parte di un soggetto non formalmente investito, non ci si può esimere dal rilevare come la giurisprudenza di legittimità si astenga dal fornire parametri oggettivi rispetto ai quali il giudice di merito debba compiere questa valutazione.

A *fortiori*, la criticità appena evidenziata assume maggior vigore se si considera che la figura dell'amministratore di fatto - inserita formalmente nel *corpus* normativo dedicato ai reati societari - viene diffusamente quanto pacificamente applicata anche a settori differenti, dove tale figura non è *expressis verbis* contemplata, in particolar modo, al settore del diritto penale tributario, attraverso un estensivo ricorso al c.d. principio di effettività.

Si evidenzieranno, pertanto, nella parte conclusiva del contributo, alcune incoerenze ermeneutiche interne alla Corte di Cassazione derivanti dall'applicazione estensiva di tale principio al diritto penal-tributario.

3. Il principio di effettività nel diritto penale economico e la sua estensione al contesto del d.lgs. 74/2000. Criticità interpretative

Il diritto penale economico è caratterizzato da un *leit motiv* di fondo: la “prevalenza della sostanza sulla forma”.

Beninteso, il sistema sanzionatorio nel settore di elezione non si limita a reprimere le condotte dei soggetti investiti di una qualifica (solamente) formale ma tende ad andare oltre tale dato per non subirne i limiti, onde evitare eccessivi slittamenti di responsabilità verso soggetti materialmente estranei al fatto di reato.

In aggiunta, la prevalenza della sostanza sulla forma non è solo espressione di un'avvertita esigenza di giustizia sociale, ma si attesta come corollario del principio di personalità della sanzione penale di cui all'art. 27 Cost. in forza del quale l'ordinamento ripudia ogni forma di responsabilità per fatto altrui. Trattasi di un'impostazione accolta non solo dal nostro sistema giuridico¹² ma anche, tra gli altri, dall'ordinamento tedesco, dove già dall'inizio del '900 si ammetteva la necessità di punire l'amministratore di fatto, pur in assenza di espressa previsione normativa, nel rispetto del «sano sentimento popolare» (*gesundes Volksempfinden*)¹³.

Quanto detto sinora trova concreta esplicitazione nel c.d. principio di effettività in virtù del quale, nell'esercizio del sindacato sulla responsabilità penale, occorre guardare non solo alle cariche formali assunte nel contesto della *corporation* ma anche ai comportamenti tenuti nell'esercizio di fatto di una determinata funzione nell'impresa e, quindi, a chi li ponga in essere¹⁴.

Suddetto principio ha trovato esplicita previsione normativa in plurimi contesti del diritto penale economico. Difatti, oltre al già menzionato art. 2639 c.c. in tema di reati societari, vi sono: l'art. 299 del d.lgs. 81/2008¹⁵ in materia di sicurezza sul lavoro; l'art. 135 del Testo unico bancario ex d.lgs. 385/1993 che richiama esplicitamente il titolo XI del codice civile (*ergo* anche il principio di effettività ex art. 2639); l'art. 5 del decreto legislativo 231 che, in tema di responsabilità amministrativa degli enti, estende la responsabilità dell'ente anche ai fatti commessi da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso.

Se dunque la materia è costellata da normativizzazioni del principio di effettività, a fare eccezione, per quanto di interesse, è proprio il diritto penale tributario: donde il contestato difetto di legalità.

Il d.lgs. 74/2000, infatti, non presenta alcuna disposizione che, *expressis verbis*, estenda a soggetti che svolgano di fatto mansioni apicali una o più delle responsabilità penali derivanti dallo svolgimento in concreto di funzioni gestorie.

Per far fronte a questo silenzio normativo, la logica giuridica offre l'utilizzo di due strumenti: (i) il ragionamento "*a contrariis*" (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*); (ii) quello opposto "per similitudine" (*ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio*).

Col primo ragionamento si giungerebbe a escludere la punibilità dell'amministratore di fatto nella materia penal-tributaria.

Col secondo argomento, invece, una volta riconosciuto al principio di effettività quella portata generale *ut supra*, potrebbe affermarsi che, sebbene il silenzio del legislatore penal-tributario, esso operi anche in tale contesto. A detto esito si arriva usando le argomentazioni proprie dell'indirizzo teleologico, quello cioè che tende a interpretare le norme valorizzandone soprattutto lo scopo, entro il limite del divieto di analogia.

In tale ultima prospettiva, ispirata a ragioni di giustizia sostanziale, sarebbe "ingiusto" e iniquo non condannare l'autore materiale del reato, a discapito di c.d. prestanomi (amministratori di diritto) che hanno ben poco a che fare con l'effettiva gestione della società, specialmente nell'ambito di operazioni fraudolente dal punto di vista fiscale che hanno come precipuo scopo l'ottenimento di indebiti vantaggi d'imposta¹⁶.

Invero, la giurisprudenza di legittimità ha cercato di ancorare tale applicazione estensiva a un dato normativo che consentisse di giustificare la responsabilità dell'amministratore di fatto, seppur con argomentazioni che non hanno convinto appieno una parte della dottrina¹⁷, giustificando in tal modo la portata estensiva dell'art. 2639 c.c.

In definitiva, secondo la giurisprudenza della S.C. l'amministratore di fatto risponde quale autore principale del reato tributario, in quanto titolare effettivo della gestione sociale e, pertanto, nelle condizioni di poter compiere l'azione dovuta¹⁸.

Appare evidente che, in virtù di tale principio generale, la Corte di Cassazione ritiene che il soggetto "non qualificato" non solo possa rispondere degli illeciti tributari a lui ascritti, ma ne risponde in qualità di autore principale del reato, salva l'eventuale compartecipazione di intranei secondo le regole del concorso di persone nel reato¹⁹.

Detto diversamente, secondo l'opinione dominante nella giurisprudenza di legittimità²⁰, il soggetto qualificato, vero destinatario dell'obbligazione tributaria, non è il prestanome, ma colui che gestisce di fatto la società, mentre l'estraneo è l'amministratore di diritto, la "testa di paglia", il quale risponderà ex art. 110 c.p. del reato commesso dall'amministratore di fatto per non aver adempiuto a quegli obblighi di vigilanza che gravano sul soggetto legalmente inserito all'interno della compagine societaria e che avrebbero permesso, qualora effettivamente adempiuti, di impedire l'illecito perpetrato dall'amministratore occulto²¹.

Questo notevole ampliamento della figura dell'amministratore di fatto ha coinvolto anche fattispecie di reato c.d. omissive proprie esclusive, quali ad esempio quella prevista

dall'art. 5 del d.lgs. 74/2000 che punisce, com'è noto, la mancata presentazione della dichiarazione dei redditi da parte dei soggetti a questi tenuti²².

Incidentalmente ci si limita a osservare che, potendo annoverare l'omessa dichiarazione fra i c.d. reati omissivi propri esclusivi²³, ne deriverebbe che la fattispecie *de qua* potrebbe essere materialmente commessa soltanto dal soggetto che legalmente dovrebbe compiere l'azione doverosa (e lo si punisce, appunto, per non averla adempiuta). In altri termini, stando al tenore letterale della norma in esame, dovrebbe esser punito per il reato ivi previsto quel soggetto che, avendo la rappresentanza legale dell'ente, è chiamato a presentare la dichiarazione rilevante ai fini delle imposte. Al contrario, proprio facendo leva sulla portata generale dell'art. 2639 c.c., la giurisprudenza è giunta a riconoscere la responsabilità per omessa presentazione della dichiarazione dei tributi anche a un soggetto formalmente estraneo alla compagine societaria, che risponde del reato quale autore principale in quanto effettivo titolare della gestione sociale e nelle condizioni di poter compiere l'azione dovuta, mentre l'amministratore di diritto, quale mero prestanome, risponde per omesso impedimento dell'evento ex art. 40, secondo comma, c.p. a titolo di concorso²⁴.

In buona sostanza la giurisprudenza, al fine di riconoscere la responsabilità penale tributaria del soggetto non inserito nell'organigramma societario, anziché ricorrere a quella figura ormai consolidata del diritto penale generale che riguarda il concorso dell'*extraneus* nel reato proprio altrui²⁵, ha individuato un nuovo titolare di una posizione di garanzia non normativamente nominato, chiamato a rispondere del reato quale autore principale dell'illecito pur non facendo formalmente parte della *corporation*, per il solo fatto dell'avvertita esigenza di punire un soggetto che si ritiene detenere la sostanziale gestione della società²⁶.

Orbene, quandanche si ritenesse l'art. 2639 c.c. principio generale dell'ordinamento, ferma restando la sostanziale esigenza di punire l'autore materiale della condotta, si ritiene che l'assenza di un esplicito riferimento normativo nel d.lgs. 74/2000 che ne legittimi l'applicazione estensiva rischia di esporre il fianco a frizioni di legalità costituzionale se ciò comporta la creazione di nuove posizioni di garanzia che non trovano alcuna esplicitazione normativa nel contesto di riferimento.

4. Osservazioni conclusive e spunti di riflessione

La sentenza in commento, muovendosi nel solco di plurimi arresti della giurisprudenza di legittimità che è intervenuta sulla portata applicativa dell'art. 2639 c.c., ha di nuovo

riconosciuto la responsabilità dell'amministratore di fatto quale autore *principale* dell'illecito penal-tributario, assegnando al giudice di merito il compito (arduo) di verificare nel caso concreto i poteri effettivamente esercitati dal soggetto "non legalmente qualificato", al fine di valutare la rilevanza penale della sua condotta.

Con l'intento di valorizzare il principio di effettività (*rectius*, prevalenza della sostanza sulla forma), si sta assistendo a una potenziale compressione di ulteriori principi fondamentali del diritto penale, quale quello di legalità e dei suoi corollari di tassatività e determinatezza. Tali problematiche risultano di assoluta evidenza in un settore tanto complesso quanto delicato quale quello del diritto penale tributario, dove il bene giuridico tutelato è quello della potestà dello Stato alla effettiva riscossione dei tributi, al fine di prevenire comportamenti fraudolenti, infedeli, omissivi da parte dei soggetti contribuenti (individuali o collettivi che siano). Difatti, è proprio in questo settore che la portata estensiva dell'art. 2639 c.c. ha un maggiore impatto, in quanto, secondo attenta dottrina, vi è il rischio della creazione giurisprudenziale di nuove posizioni di garanzia "innominate" in spregio ai profili garantistici di stretta legalità che dovrebbero governare la materia penale²⁷.

Eppure la stessa Corte di Cassazione mostra di usare in modo diverso i criteri sopra descritti nella soluzione di un'altra questione: il riferimento è al prevalente indirizzo della giurisprudenza di legittimità circa l'inapplicabilità dell'istituto della delega di funzioni all'ambito penal-tributario²⁸.

Proprio rispetto a questo tema, la S.C. ha ribadito in plurime occasioni²⁹ che l'affidamento a un professionista dell'incarico di presentare la dichiarazione annuale dei redditi non esonera il soggetto obbligato dalla responsabilità penale per il delitto di omessa dichiarazione, in quanto, trattandosi di reato omissivo proprio, la norma tributaria considera come personale e indelegabile il relativo dovere³⁰.

Sicché, pare quantomeno singolare che, a fronte di due diverse applicazioni concrete in relazione al medesimo tema, la giurisprudenza attraverso un'interpretazione "estensiva" permetta dapprima all'amministratore di fatto di rispondere dell'illecito, anche nel caso di un reato omissivo proprio esclusivo, pur non essendo questi il titolare legale della funzione (*ergo*, dell'adempimento tributario) e, al contempo, valorizzando il dato legale, escluda che la delega delle funzioni tributarie possa esonerare da responsabilità il soggetto delegante.

In definitiva, la contraddizione in cui si ritiene cada la giurisprudenza di legittimità può essere riassunta in questi termini: da un lato si valorizza la natura di reato proprio esclusivo del l'illecito tributario al fine di giustificare l'indelegabilità della funzione tributaria; dall'altro, sacrificando proprio l'esclusività soggettiva del reato tributario, la

stessa giurisprudenza sostiene che l'amministratore di fatto possa esserne autore principale.

A parere di chi scrive è dunque il caso di evidenziare l'incoerenza di tali indirizzi ermeneutici, in quanto con le suddette pronunce - in ossequio a un'impostazione formalista - si valorizza la peculiarità del settore tributario, ritenendo l'obbligazione tributaria come personale e facente capo esclusivamente al titolare legale delle funzioni; tuttavia tale formalismo viene disconosciuto allorquando si ritiene doveroso chiamare a responsabilità l'amministratore di fatto, pur in assenza di un'espressa previsione normativa che estenda a quest'ultimo le incombenze proprie dell'amministratore di diritto. Ciò posto, sarebbe opportuno giungere a un'impostazione unitaria, in ragione di una necessaria esigenza di coerenza interna al sistema, statuendo in maniera chiara e definitiva se valorizzare il dato legale-formale oppure quello funzionalistico-sostanziale. Orbene, alla luce delle criticità segnalate, potrebbe rivelarsi utile, *a latere* delle difformi interpretazioni della Corte di Cassazione, un intervento del legislatore sul decreto legislativo 74 del 2000 che introduca il principio di effettività anche alla materia penal - tributaria, definendo in tal modo i contorni della responsabilità dell'amministratore di fatto in questo contesto, ricco di peculiarità e sicuramente non sovrapponibile ad alcun altro ramo del microcosmo del diritto penale economico.

Bibliografia

- E. AMATI - M. BELLI, *Responsabilità dell'amministratore di fatto per il reato di omessa dichiarazione dei redditi*, in *Archivio Penale*, 2011.
- E.M. AMBROSETTI - E. MEZZETTI - M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Modena, 2012.
- F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari*, Vol. II, Milano, 2018.
- C. BECCALLI, *Conferme sulla punibilità penale dell'amministratore o titolare di fatto - nota a sentenza*, in *Il fisco*, 34, 2017.
- A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, tomo I, Assago, 2019.
- F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie - il commento*, in *Le Società*, 5, 2012.
- O. DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda - S. Seminara, Padova, 2002.
- E. DOLCINI - G. GATTA, *Codice penale commentato*, Tomo IV, Assago, 2021.
- L. LA SPINA, *art. 2639 - Estensione delle qualifiche soggettive*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Il diritto penale dell'economia in trasformazione*, Assago, 2020.
- G. MARRA, *La responsabilità penale dell'amministrazione di fatto: un excursus critico sull'esperienza della RFT*, in *Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed*

Economiche, 51, 2, 2001.

E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007.

V. NAPOLEONI, Art. 2639, in G. BONFANTE, D. CORAPI, L. DE ANGELIS, R. RORDORF, *Codice commentato delle società*, Assago, 2011.

C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Società*, 1962.

L. PISTORELLI, *La bancarotta e altri reati fallimentari*, Milano, 2017.

V. ROCHIRA, *La delega di funzioni tributarie: ancora l'impasse tra la non delegabilità dell'obbligo dichiarativo e la necessità di accertamento del dolo specifico consistente nel fine di evadere l'imposta*, in *ForoNews*, www.foroitaliano.it, 02/03/2022.

V. ROCHIRA - S. NANNI, *La delega di funzioni*, Milano, 2020.

C. SANTORIELLO, *Amministratore di fatto responsabile per il reato di utilizzo di fatture per operazioni inesistenti*, in *Il fisco*, 27, 2015.

C. SANTORIELLO, *Responsabilità del prestanome per il reato di omessa dichiarazione: occorre dimostrare il dolo specifico - commento*, in *Il fisco*, 37, 2022.

E. SCAORINA, *La delega di funzioni in materia tributaria tra dogmi e principi fondamentali del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017.

F. TRIPODI, Art. 2639, in AA.VV., *Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati*, a cura di A. Perini, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2018.

R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2012.

R. ZANNOTTI, *Diritto penale dell'economia - reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, Milano, 2017.

Note

1. Cass. pen., Sentenza n. 34381 del 01/06/2022 - dep. 16/09/2022.

2. *Ibid.*, p. 3.

3. Fra gli altri, E. M. AMBROSETTI - E. MEZZETTI - M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Modena, 2012, 39; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, leggi complementari*, Vol. II, Milano, 2018, 207; R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *La bancarotta e altri reati fallimentari*, Milano, 2017, 21.

4. Ad esempio, in tema di reati fallimentari, fra le tante Cass. pen. n. 14531 del 14/12/2016, dep. 24/03/2017; Cass. pen. 12841 del 3/02/2022 dep. 5/04/2022; Cass. pen. 4865 del 25/11/2021 dep. 10/02/2022. Per quanto riguarda i reati tributari, vedasi, oltre la sentenza oggetto di commento in questo contributo, Cass. pen. 36556 del 24 maggio 2022 dep. 27/09/2022; Cass. pen. n. 31174 del 07/06/2022 dep. 29/08/2022.

5. Cass. pen. 7437 del 15/10/2020 dep. 25/02/2021.

6. Recependo una posizione già espressa dalla giurisprudenza di legittimità in plurime occasioni: vedasi Cass. pen. 22108 del 19/12/2014 dep. 27/05/2015; Cass. pen. 35346 del 20/06/2013 dep. 22/09/2013; Cass. pen. n. 43388 del 17/10/2005 dep. 30/11/2005.

7. Ci si riferisce alla contrapposizione fra teoria formalistica e teoria realistico - funzionale. Ampiamente sul tema C. PEDRAZZI, *Gestione d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. Società*, 1962; V. NAPOLEONI, *Art. 2639*, in G. BONFANTE - D. CORAPI - L. DE ANGELIS - R. RORDORF - V. SALAFIA, *Codice commentato delle società*, Milano, 2011; F. TRIPODI, *Art. 2639*, in AA.VV., *Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati*, a cura di A. Perini, in *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2018; L. LA SPINA, *art. 2639 - Estensione delle qualifiche soggettive*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Il diritto penale dell'economia in trasformazione*, Milano, 2020, 236.
8. C. SANTORIELLO, Amministratore di fatto responsabile per il reato di utilizzo di fatture per operazioni inesistenti, in *Il fisco*, 2015, 27, 2673 (nota a sentenza).
9. Ad avviso della Giurisprudenza di legittimità, «significatività» e «continuità» non comportano necessariamente l'esercizio di tutti i poteri propri dell'organo di gestione, ma richiedono l'esercizio di un'apprezzabile attività gestoria, svolta in modo non episodico od occasionale. Sul punto vedasi Cass. pen. n. 43388 del 17/10/2005, dep. 30/11/2005; Cass. pen. n. 36556 del 24/05/2022; dep. 27/09/2022.
10. Così da ultimo Cass. pen. n. 19874 del 18/02/2022, dep. 20/05/2022.
11. Cass. pen. 45134 del 27/06/2019, dep. 6/11/2019; Cass. pen. 22108 del 19/12/2014, dep. 27/05/2015; Cass. pen. 35346 del 20/06/2013, dep. 22/08/2013.
12. *Ex altriis*, O. DI GIOVINE, *L'estensione delle qualifiche soggettive (art. 2639)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda, S. Seminara, Padova, 2002.
13. Espressione riportata da G. MARRA, *La responsabilità penale dell'amministrazione di fatto: un excursus critico sull'esperienza della RFT*, in *Studi Urbinati, A - Scienze Giuridiche, Politiche Ed Economiche*, 51, 2, 2001, 125-167.
14. Cass. pen. n. 10704 del 7/02/2012 dep. 19/03/2012.
15. A mente del quale «Le posizioni di garanzia relative ai soggetti di cui all'articolo 2, comma 1, lettere b), d) ed e), gravano altresì su colui il quale, pur sprovvisto di regolare investitura, eserciti in concreto i poteri giuridici riferiti a ciascuno dei soggetti ivi definiti». Ampiamente sul tema vedasi A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, tomo I, Assago, 2019, 1460.
16. Preme ricordare che, in virtù dell'art. 27 Cost. (principio di personalità), l'ordinamento costituzionale ripudia la responsabilità per fatto di reato altrui.
17. Ad esempio attraverso il richiamo all'art. 1, comma 4, del d.p.r. n. 322/1998 il quale prevede che in mancanza di un amministratore di diritto è ammessa la sottoscrizione della dichiarazione fiscale da parte dell'amministratore di fatto. Sul punto E. AMATI - M. BELLI, *Responsabilità dell'amministratore di fatto per il reato di omessa dichiarazione dei redditi*, in *Archivio Penale*, 1, 2012.
18. Mentre l'amministratore di diritto, poiché mero prestanome, è responsabile del medesimo reato a titolo di concorso per omesso impedimento dell'evento, ai sensi degli artt. 40, comma secondo, cod. pen. e 2932 c.c., a condizione che ricorra l'elemento soggettivo richiesto dalla norma incriminatrice; cfr. *ex multis*, Cass. pen. n. 8632 del 22/12/2020, dep. 3/03/2021; Cass. pen. n. 38780 del 14/05/2015 - dep. 24/11/2015; Cass. pen. 1722 del 25/09/2019 - dep. 17/01/2020.
19. Cass. pen. 23425 del 10/06/2011; Cass. Pen. n. 31906/2017 con nota di C. BECCALLI, *Conferme sulla punibilità penale dell'amministratore o titolare di fatto – commento*, in *Il fisco*, 34, 2017, 3269.
20. Fra le altre, Cass. pen. n. 23425/2011 con nota di F. CONSULICH, *Poteri di fatto ed obblighi di diritto nella distribuzione delle responsabilità penali societarie - il commento*, in *Le Società*, 5, 2012, 553.

21. Cass. pen. 2137/2001, ma anche Cass. pen. 8271/1992 e Cass. pen. 22919/2006 le quali hanno affermato: «L'amministratore di diritto di una società, ancorché sia un mero prestanome di altri soggetti che abbiano agito come amministratori di fatto, risponde del reato omissivo contestato quale diretto destinatario degli obblighi di legge, poiché la semplice accettazione della carica attribuisce dei doveri, anche di vigilanza e di controllo, la cui violazione comporta responsabilità penale».
22. Per un approfondimento sul tema vedasi C. BECCALLI, *Conferme sulla punibilità*, cit.; E. DOLCINI - G. GATTA, *Codice penale commentato*, Tomo IV, Assago, 2021, 1802 e ss.; A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, *Diritto penale dell'economia, tomo I*, cit.; E. AMATI - M. BELLI, *Responsabilità dell'amministratore di fatto*, cit.
23. È lo stesso art. 5 d.lgs. 74/2000 ad affermare «È punito con la reclusione da due a cinque anni chiunque al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni relative a dette imposte, quando l'imposta evasa è superiore, con riferimento a taluna delle singole imposte ad euro cinquantamila». Tale obbligo, dunque, incombe direttamente sul contribuente e, in caso di persone giuridiche, su cui ne abbia la legale rappresentanza, è tenuto a sottoscrivere la dichiarazione a pena di nullità. Da qui, la possibilità di ritenere tale reato annoverabile fra i cd. delitti di mano propria. Posizione richiamata, tra gli altri, da E. AMATI-M. BELLI, *Responsabilità dell'amministratore di fatto*, op. cit.
24. Cass. pen. 42897/2018, richiamata anche da C. SANTORIELLO, *Responsabilità del prestanome per il reato di omessa dichiarazione: occorre dimostrare il dolo specifico – commento*, in *Il fisco*, 37, 2022, 3569.
25. Per un approfondimento sul tema R. ZANNOTTI, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2012, 27.
26. Cass. pen. 23245 del 10/06/2011; Cass. pen. 42897/2018.
27. E. AMATI - M. BELLI, *Responsabilità dell'amministratore di fatto*, cit., 15.
28. Interessante sul punto, il contributo di E. SCAORINA, *La delega di funzioni in materia tributaria tra dogmi e principi fondamentali del diritto penale*, in *Dir. pen. cont.*, 4, 2017.
29. Ci si riferisce a Cass. pen. n. 4973 del 13/01/2022 - dep. 11/02/2022; Cass. pen. n. 18845 del 13/04/2016 - dep. 05/05/2016.
30. Per un contributo sul tema si segnala V. ROCHIRA, *La delega di funzioni tributarie: ancora l'impasse tra la non delegabilità dell'obbligo dichiarativo e la necessità di accertamento del dolo specifico consistente nel fine di evadere l'imposta*, in *ForoNews*, www.foroitaliano.it, 03/03/2022; e ancora V. ROCHIRA - S. NANNI, *La delega di funzioni*, Milano, 2020, 245.
-