SISTEMA PENALE

IL DIRITTO PENALE DELLA COLPA E LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI: TRA (IRRISOLTE) QUESTIONI DOGMATICHE E (PRESSANTI) ESIGENZE POLITICO-CRIMINALI (*)(**)

di Francesco Mucciarelli

SOMMARIO: 1. Introduzione: la colpa penale nella prospettiva degli enti collettivi. – 2. Gli interessi penalmente protetti e il rischio di offesa nell'economia di mercato. – 3. La gestione (economica) del *rischio* tra dimensione privatistica e pubblicistica. – 4. La (necessaria) regolazione pubblicistica. – 5. Quali opzioni politico-criminali per la regolazione del rischio d'impresa? – 5.1. Una peculiarità (critica) del d. lgs 231/2001. – 5.1.1. I limiti del vigente assetto della responsabilità dell'ente *ex* d. lgs 231/2001. – 5.1.2. Libertà d'iniziativa economica e rischio penale: *excursus* sulla disciplina della crisi d'impresa. – 6. Conclusioni.

1. Introduzione: la colpa penale nella prospettiva degli enti collettivi.

Il sapiente magistero del Maestro che qui onoriamo s'incontra in ogni territorio del diritto penale e se ne misura l'altissima profondità non soltanto nel nitore e nel compiuto rigore con i quali il problema di volta in volta indagato viene colto nei suoi tratti essenziali, ma anche nella capacità di suggerire soluzioni che, rispettando i sommi principi fondativi dell'ordinamento, illuminano prospettive inedite, delle quali a un lettore non attento può sfuggire la portata fortemente innovativa: verrebbe da dire, autenticamente rivoluzionaria.

Di questa attitudine rivoluzionaria, garbata nella forma di manifestazione, radicale nella sostanza, sicché essa mai si confonde con le declamazioni buone per l'apparenza vociante ma sterili e vacue nell'essenza, costituisce esempio istruttivo il saggio "*Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale*"[1].

Nessuno dei tratti problematici è dimenticato in tale riflessione sintetica, che di ciascuno riesce tuttavia a rischiarare i nuclei concettuali senza smarrire il riverbero delle conclusioni sulla concretezza del reale, dialettica che le norme sono chiamate a regolare, questa essendone – a ben vedere – la funzione essenziale (o forse, più profondamente, la loro stessa ragion d'essere).

(*) eventuali note al titolo (*) Il presente contributo è stato pubblicato nel volume collettaneo curato da C.E. Paliero, V. Mongillo e R. Bartoli, *La scienza della legislazione penale: riforme e prospettive di razionalizzazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2024. Si ringraziano l'Editore e i Curatori per averne autorizzato la pubblicazione in *questa Rivista*.

(**) Il presente scritto è parte di un più ampio lavoro in fase di ultimazione.

[1] F. PALAZZO, *Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 1545 ss.

Per cogliere appieno la portata innovativa e la perspicuità della soluzione prospettata è opportuno dare schematico conto del contesto nel quale si sviluppano la ricognizione e, ad un tempo, l'inquadramento sistematico dei rammentati tratti problematici, oggetto dello scrutinio.

Seguendo l'indicazione che conclude il citato saggio, si tenterà di svilupparne la portata secondo un duplice ordine di considerazioni.

In primo luogo sembra da un lato innegabile che il diritto penale della colpa (soprattutto quando si presenta nella forma dei reati di evento), proprio in quanto diritto penale, sia indissolubilmente vincolato – per il superiore principio di legalità – all'esigenza di un accertamento della responsabilità della persona fisica (comprensivo della connessione causale e della colpevolezza secondo i parametri della prevedibilità e della evitabilità) per necessità destinato a intervenire dopo che l'evento (avverso) costitutivo del reato si è verificato (ovvero, nei reati colposi di condotta, dopo che quest'ultima si è realizzata, dispiegando la propria pericolosità). D'altro canto, appare non meno evidente che la complessa ammagliatura delle regole di natura cautelare (di matrice normativo-giuridica o di fonte sociale), nelle quali consiste la colpa, svolga altresì una importante e irrinunciabile funzione preventiva, a presidio dei rischi che, nel loro concretizzarsi, possono dar luogo agli eventi avversi, integrativi delle fattispecie dei reati colposi di evento[2]. Funzione preventiva che, se in qualche misura può essere riconosciuta alla comminatoria penale quando la si consideri nella valenza conformativa del precetto, non può (o, almeno, non dovrebbe) in alcun modo entrare nella dinamica dell'accertamento giudiziale, soprattutto quando si verte in tema di responsabilità della persona fisica, che per tal modo finirebbe con il subire gli effetti della componente general-preventiva della norma penale[3].

---

[2] Sul punto, con una sintesi di straordinaria efficacia, F. PALAZZO ha notato: «l'uomo ha sempre avuto **paura del male**: del male criminale, così come del male naturale, della malattia o, peggio, delle **epidemie**. Per placare l'ansia derivante dalla paura del male, ha fatto sempre ricorso al **meccanismo dell'imputazione del male a un soggetto "responsabile"**: il che consente di coltivare la convinzione che sia in qualche modo possibile signoreggiare il male, senza essere ineluttabilmente alla sua mercé. L'elaborazione della categoria della **responsabilità** cela un inconsapevole ed irresistibile rito sacrificale del **capro espiatorio**. La civiltà giuridica s'incarica di tenere sotto controllo questa inconscia necessità del capro espiatorio cercando di **conformare la responsabilità penale sul metro del reale potere dell'uomo di vincere ed evitare il male**. La responsabilità che noi chiamiamo colposa è quella in cui questo compito è sempre stato più difficile: connaturata, infatti, al rischio insito nelle attività sociali, **la responsabilità colposa si presta ad alimentare l'illusione che l'uomo sappia – abbia il potere – di controllare, ridurre o azzerare qualunque rischio**, così allontanando da sé il male» (F. PALAZZO, *Pandemia e responsabilità colposa*, *Sistema Penale*, 26.4. 2020, enfasi nel testo).

[3] Richiamando la preziosa riflessione della nota precedente, soprattutto quando l'accertamento giudiziale abbia ad oggetto vicende disastrose caratterizzate da eventi lesivi di grande portata, emergono «**tendenze dirette a placare l'ansia con la ricerca di responsabili**. La storia e la letteratura ne offrono esempi indimenticabili» così ancora F. PALAZZO, *Pandemia*, cit. (enfasi nel testo). Una sorta di bisogno di rassicurazione che, individuando il colpevole e la sua colpa, si appaga nella speranza (illusoria) di aver esercitato un esorcismo rispetto a future simili evenienze. In generale si vedano le illuminanti considerazioni di M. CATINO, *Trovare il colpevole*, Bologna, 2022.

Il secondo (ma soltanto per ragioni di logica espositiva) ordine di considerazioni muove dalla constatazione che *l'immane concretezza* del principio di realtà raccomanda di tener conto di tale inscindibile connessione, senza dimenticare che la stessa responsabilità dell'ente *ex* d. lgs 231/2001 ha a proprio presupposto l'accertamento della sussistenza di un reato integrato in tutti i suoi elementi costitutivi (pur al cospetto della problematica previsione dell'art. 8 d. lgs cit.).

Né può sfuggire che l'ente (*id est*: l'impresa), essendo incontrovertibilmente il soggetto la cui attività genera le situazioni di rischio, rappresenta il naturale destinatario delle regole cautelari; nello stesso tempo, le caratteristiche strutturali dell'ente, refrattarie a una imputazione colposa modulata secondo lo schema classico (a tacer d'altro, per la componente psicologica che innerva la prevedibilità), sembrano suggerire prospettive differenti nella ricostruzione della colpa di organizzazione e nella modulazione della responsabilità diretta dell'ente stesso.

Il percorso, che s'intraprende sulla scorta dell'indicazione del Maestro onorato, si industrierà di mostrare tali prospettive, in ipotesi maggiormente funzionali alle esigenze di tutela, forse già praticabili sulla base dell'attuale assetto normativo, comunque non sostitutive del presidio penale apprestato dalla vigente disciplina riguardante la responsabilità delle persone fisiche.

2. Gli interessi penalmente protetti e il *rischio* di offesa nell'economia di mercato.

È nel rapporto o, più precisamente, nella difficoltà di stabilire il punto di equilibrio fra due contrastanti esigenze, basilari e fondanti, che ruota l'intero universo delle incognite, lo scioglimento delle quali sembra necessariamente dipendere dalla soluzione della primigenia e genetica incertezza consistente nella individuazione proprio di quel punto di equilibrio fra la tutela di beni di primaria rilevanza, costituzionalmente ed euroconvenzionalmente presidiati (vita e salute, ma non soltanto, pensando – ad esempio – alla tutela del risparmio), nel loro essere esposti al rischio lesivo a cagione dello svolgimento di attività (semplificando: d'impresa) anch'esse garantite dalla Carta fondamentale e dalla CEDU, che nella realtà rappresentano un elemento costitutivo dell'assetto economico cui è informata la società contemporanea, indipendentemente dal giudizio assiologico sulla foggia storicamente assunta da tale assetto.

La notazione si presta a una considerazione che, se sviluppata in modo adeguato, risulterebbe incompatibile con il presente scritto, merita tuttavia di essere appena accennata, potendo in qualche misura fornire una ulteriore chiave di lettura delle riflessioni contenute nel saggio in discorso.

L'essere ormai da anni entrato nell'uso, se consente l'impiego del breviloquio "società del rischio" in modo celere e senza specificazioni o approfondimenti aggiuntivi, impone però di rilevarne la banalizzazione, che *rischia* (si perdoni il mediocre gioco linguistico) di far perdere alla formula la ricchezza e la complessità delle questioni che essa racchiude, quasi che, reso standard il concetto, la drammatica problematicità e la

vastità profonda delle variabili che tale nozione compongono, vengano, se non rimosse, almeno occultate alla vista, collocate in un piano distante.

Azzardando una semplificazione senz'altro eccessiva, la "dimensione" del rischio, qui genericamente inteso come esposizione a pericolo della vita e della salute, è strutturalmente e funzionalmente connessa alle forme e alle modalità di produzione, a propria volta condizionate da e, nel contempo, condizionanti l'assetto della società. Sicché l'abbassamento dei costi di produzione/distribuzione, consentaneo al perseguimento di un maggior profitto, cui s'accompagna, per altro verso, l'ulteriore esigenza di ampliare costantemente il mercato (anche attraverso la creazione/induzione di 'bisogni' sempre crescenti o, quantomeno, di una costante propensione all'acquisto di beni e servizi), diviene uno strumento particolarmente adatto ed efficiente allo scopo. In questo schema, dalla logica elementare, se si ha cura di osservarne la sostanza profonda, è agevole percepire l'autentico cuore di tenebra: l'immissione sul mercato di quantità sempre maggiori di beni e servizi, che diviene funzionale e necessaria al sistema, meccanismo chiamato tuttavia a "fare i conti" con la capacità del mercato stesso di assorbire la massa di beni e servizi per tal modo prodotta.

In siffatto meccanismo, apparentemente circolare e autoalimentato, l'abbassamento dei costi di produzione/distribuzione svolge l'ulteriore funzione di rendere disponibili beni/servizi a condizioni (sostanzialmente: prezzi, ma non soltanto) tali da consentire l'accesso ad essi da parte di una platea di consumatori sempre maggiore, mantenendo comunque quanto meno inalterato il profitto.

Se storicamente non è contestabile che tale maggiore disponibilità di beni e servizi abbia migliorato le condizioni di vita di vasti strati della popolazione (se non altro sotto l'aspetto materiale: a cominciare dall'incremento della durata media della vita stessa), sembra a dir poco ingenuo e superficiale inferirne un giudizio positivo sul sistema nel suo complesso, per non dire della confusione che crede di riconoscere nei connotati della *società opulenta*[4] i segni non soltanto di una tendenzialmente paritaria (o, comunque, non iniqua) distribuzione se non della ricchezza prodotta quantomeno di un più diffuso 'benessere', ma addirittura quelli di un progressivo processo di 'democratizzazione' in senso inclusivo sul piano economico e sociale (ancora semplificando: è la confusione fra progresso e *civiltà*, nel senso elaborato da Freud nel *Disagio della civiltà*).

Tacendo delle inascoltate critiche di J.K. Galbraith, che stimava non perdonabile errore mantenere la produttività come centro e fine dell'economia (in quanto alimenta la creazione di bisogni artificiali e investimenti nel settore privato – "*in cose e beni*" – anziché in persone e servizi pubblici)[5], in disparte ogni notazione sul versante

---

[4] Il riferimento è naturalmente al termine come inteso da J.K. GALBRAITH, *The Affluent Society*, Boston, 1958 (4ª ed. rivista 1984), trad. it. *La società opulenta*, Torino, 1997.

[5] Il riferimento è ancora a J.K GALBRAITH, *La società*, cit. (nonché ID., *Storia dell'economia*, Milano, 1990) e al suo suggerimento di guardare oltre le leggi di mercato e di porre la produttività come centro e fine dell'economia, ciò che appunto determina la creazione di bisogni artificiali e di investimenti nel settore privato – "*in cose e beni*" – anziché in persone e servizi pubblici. Una linea di pensiero che trova ascendenze decisive nelle risalenti riflessioni di J.M. Keynes (v. J.M. KEYNES, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Torino, 2013; ID., *La fine del laissez-faire e altri scritti*, Torino, 1991; ID., *Esortazioni e profezie*,

assiologico, a confutare in modo non controvertibile le basi fattuali delle illusorie convinzioni qui criticamente ricordate stanno le diseguaglianze sempre maggiori nella distribuzione della ricchezza stimate dalla Banca Mondiale secondo l'indice di Gini[6],

---

Milano, 1968; ID., *Sono un liberale e altri scritti*, Milano, 2010; ID., *Le conseguenze economiche della pace*, Milano, 2007; D. DILLARD, *Guida all'economia keynesiana*, Milano, 1980; G. LA MALFA, *Keynes l'eretico*, Milano, 2022) e in qualche misura prosegue con i lavori di J. Robinson (J. ROBINSON, *Marx e la scienza economica*, Firenze, 1951; EAD., *L'accumulazione del capitale*, Milano, 1961; EAD., *The Economics of Imperfect Competion*, Palgrave Macmillan, 2ª ed., 1969; EAD., *Economic Philosophy*, Routledge, 2021) e di J.R. Hicks, ((J.H. HICKS, *Mr. Keynes and the "Classics". A Suggested Interpretation*, *Econometrica*, Vol. 5, No. 2 (Apr., 1937), 147, ID., *Introduzione alla economica*, Torino, 1966; ID., *Capitale e tempo*, Milano, 1973; ID., *La crisi dell'economia keynesiana*, Torino, 1977) e che si sviluppa, pur con accentuazioni e caratterizzazioni diverse, principalmente negli studi, di Giddens (A. GIDDENS, *Capitalismo e teoria sociale*, Milano, 1975; ID., *La struttura di classe nelle società avanzate*, Bologna, 1975; ID., *Le conseguenze della modernità*, Bologna 1990), di Sen (A. SEN, *Risorse, valori e sviluppo*, Torino, 1992; ID., *La diseguaglianza*, Bologna, 1994), di Piketty (T. PIKETTY, *Il capitale nel XXI secolo*, Milano, 2014; ID., *Capitale e ideologia*, Milano, 2020; ID., *Una breve storia dell'uguaglianza*, Milano, 2021), di Krugman (P. KRUGMAN, *Un paese non è un'azienda*, Milano, 2020; ID., *Discutere con gli zombie. Le idee economiche mai morte che uccidono la buona politica*, Milano, 2020; ID., R. WELLS, *L'essenziale di economia*, Bologna, 2018), di Stiglitz (J.E. STIGLITZ, *Il ruolo economico dello Stato*, Bologna, 1997; ID., *Bancarotta. L'economia globale in caduta libera*, Torino 2014; ID., *La grande frattura*, Torino, 2017; ID., *Il prezzo della diseguaglianza*, Torino, 2017; ID., *Invertire la rotta*, Bari, 2018; ID., *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2018; ID., *Popolo, potere e profitti. Il capitalismo progressista in un'epoca di malcontento*, Torino, 2020) e di Akerlof e Shiller (G. AKERLOF, R. SHILLER, *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism*, Princeton University Press, 2009, trad. it., *Spiriti animali. Come la natura umana può salvare l'economia*, Milano, 2009; G. AKERLOF, R. KRANTON, *Economia dell'identità. Come le nostre identità determinano lavoro, salari e benessere*, Bari, 2012; G. AKERLOF, R. SHILLER, *Phishing for Phools: The Economics of Manipulation and Deception*, Princeton University Press, 2015, trad. it., *Ci prendono per fessi: L'economia della manipolazione e dell'inganno*, Milano, 2016; R.J. SHILLER, Euforia irrazionale, Bologna, 2009; ID., *Finanza e società giusta*, Bologna, 2012). In questo contesto non può non essere richiamato il pensiero di W. Rathenau e la sua visione di un capitalismo sociale, capace – semplificando all'estremo – di destinare il profitto all'interesse sociale, dove l'impresa viene còlta in modo oggettivizzato, nel quale l'interesse degli azionisti è distinto, talvolta contrapposto, all'interesse dell'impresa in sé: si vedano W. RATHENAU *Kritik der dreifachen Revolution*, Berlin, 1919; ID., *L'Economia Nuova* a cura di G. Luzzatto, Bari 1922 (nuova ed. con introduzione di L. Villari, Torino 1976); ID., *Cosa accadrà?*, *Sviluppo democratico*, *Politica della produzione*, *L'apice del capitalismo*, in M. Cacciari, *W. Rathenau e il suo ambiente. Con una antologia di scritti e discorsi politici 1919-1921*, Bari 1979; ID., *La realtà della società per azioni*, in Riv. Soc., 1960, con una presentazione di L. Mengoni e A. Mignoli; ID., *La meccanizzazione del mondo*, trad. parz. di *Zur Kritik der Zeit* in T. Maldonado, *Tecnica e cultura. Il dibattito tedesco fra Bismark e Weimar*, Milano 1979; ID., *Lo Stato Nuovo*, *La Società Nuova*, *Lavoro* in W. Rathenau, *Lo Stato Nuovo e altri saggi*, a cura di R. Racinaro, Napoli 1980; ID., *Meccanica dello spirito*, a cura di V. Pinto, Torino, 2021. V. inoltre V. VALBONESI (a cura di), *Dall'economia dell'anima all'anima dell'economia. Saggi su Walther Rathenau*, Unipress, Padova 1992 (con ampia bibliografia ragionata) con i contributi di V. VALBONESI, *Deutschtum e Judentum in W. Rathenau* e di C. Accenso, *Dall'economia di guerra al Capitale-Piano. Il "governo dell'economia" negli scritti di W. Rathenau tra la Grande Guerra e la ricostruzione*; C.L. SACCONE, *Il Capitale-Piano. Da Rathenau a Lenin: L'"economia di guerra" come modello di governo dell'economia*, 2015.

[6] Secondo il rapporto Oxfam 2022 "La Pandemia della disuguaglianza" nei quasi trent'anni fra il 1995 e il 2021 l'1% più ricco, in termini patrimoniali, ha beneficiato del 38% del surplus di ricchezza. Appena il 2,3% del surplus è andato alla metà più povera della popolazione mondiale. Stando ai dati della Banca Mondiale, apprezzati secondo il coefficiente Gini (che, pur con tutte le sue inadeguatezze, fornisce comunque un dato significativo) e ricordato che l'indice varia dal valore 0 (equanime distribuzione della ricchezza) a 1 (concentrazione nelle mani di un solo soggetto), le diseguaglianze massime si registrano in Africa (indici mediamente superiori a 0,50) e nell'area dell'America Latina (valori compresi fra 0,40 e 0,50), non difformi dagli U.S.A. (0,415). Fra 0,35 e 0,40 sono comprese realtà assai eterogenee fra loro (Russia, Nigeria, India,

diseguaglianze alle quali fa da contrappunto la incessante progressiva concentrazione della ricchezza stessa in una cerchia sempre più ristretta di soggetti (fino all'insensato esito di patrimoni personali di entità paragonabile al valore di una manovra economica di uno Stato sovrano)[7].

Ad essere qui in gioco non è la valutazione (critica) dell'assetto economico e del suo riflesso su quello sociale e politico, ma la doverosa presa d'atto che in siffatto contesto vanno necessariamente collocate le riflessioni sulla società del rischio e, ulteriormente, le considerazioni cui è chiamato il penalista quando la dialettica della realtà impone di ragionare sulle disposizioni di legge nel loro divenire norme applicabili[8] e sui cardini fondativi dell'ordinamento.

Indonesia, Marocco e Senegal), mentre fra 0,30 e 0,35 compaiono, tra gli altri, Egitto, Thailandia, Bangladesh e Tunisia. L'Europa centro-settentrionale vanta gli indici migliori (compresi fra 0,246 e 0,297), mentre l'Italia è fra gli ultimi Stati del Vecchio Continente (0,352) con l'indice di Gini è in tendenziale salita a partire dal 2007 (si consideri che nel 1995 in Italia il 10% più ricco della popolazione concentrava nelle sue mani circa il 50% della ricchezza, mentre nel 2016 quella stessa quota di popolazione ne raccoglieva più del 60%). Si noti infine che i dati ufficiali (sui quali sono state compiute le elaborazioni) sono anteriori a eventi di portata mondiale come la pandemia Covid-19 e la guerra in Ucraina, destinati – come probabilmente l'inquietante scenario della guerra Israele/Hamas – a peggiorare la situazione. Il Capgemini World Wealth Report 2020, prende in considerazione gli ultraricchi High Net Worth Individuals (HNWI), individui con oltre 30 milioni di dollari in attività finanziarie liquide (esclusi beni personali, proprietà quali un'abitazione principale, oggetti da collezione e beni di consumo durevoli) più del 60% della popolazione mondiale HNWI vive negli Stati Uniti, Giappone, Germania e Cina. Prima del Covid nel 2019, la popolazione degli HNWI aveva raggiunto attività per 74 trilioni di dollari di ricchezza nel Mondo, ripartita in questo modo: Asia 22,2 trilioni di dollari, seguita dal Nord America con 21,7 trilioni di dollari, poi l'Europa con 16,7 trilioni di dollari, l'America Latina con 8,8 trilioni di dollari, il Medio Oriente con 2,9 trilioni di dollari e l'Africa con 1,7 trilioni di dollari. In una prospettiva nazionale, si veda L. Ricolfi, La società signorile di massa, Bologna, 2021. Molteplici fattori hanno determinato la situazione sopra descritta. In principio stanno le politiche (iper)neo-liberiste avviate negli anni ottanta del secolo scorso (in occidente con i governi Thatcher e Reagan) e il fallimento (peraltro facilmente prevedibile *ex ante*) della illusoria speranza nel "gocciolamento" (trickle-down: una sorta di riedizione della mensa di Epulone e degli avanzi che ne cadono) della ricchezza verso il basso (sulla base della fallace teoria per la quale i benefici economici elargiti a vantaggio del ceto al vertice della piramide sociale avrebbe favorito l'intera società (compresa la classe media e le fasce di popolazione più marginali e disagiate). A ciò si è aggiunto l'effetto della globalizzazione espansiva, che ha concentrato in modo sempre maggiore la ricchezza in numero sempre minore di soggetti, fenomeno sul quale incide la sempre crescente finanziarizzazione dell'economia (con il sottostante pensiero che il "denaro crea denaro", senza considerare però che per tal modo non viene prodotta ricchezza effettiva). Infine l'emergere ed il consolidarsi dei giganti del web, le cui attività (informatiche e di servizi) hanno enormemente superato quelle tradizionali quanto a concentrazione della ricchezza in una dinamica temporale di accumulo (nel brevissimo termine) mai in precedenza osservata.

[7] Si vedano in proposito le significative notazioni di J. Eeckhout a proposito della accumulazione – soprattutto negli ultimi decenni – di ingentissimi profitti concentrati in un numero sempre più ristretto di imprese, con effetti deleteri sulla concorrenza e senza riflesso positivo alcuno sui consumatori o sui lavoratori dipendenti: v. J. EECKHOUT, *Il paradosso del profitto. Come un ristretto gruppo di aziende minaccia il futuro del lavoro*, Milano, 2023.

[8] Sulla dimensione strutturale della *norma* (giuridica), distinta come tale dalla *disposizione*, cfr H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, 2ª ed. (trad. it. di R. Treves), Torino, 2000, 62. La distinzione fra *disposizione* e *norma* è ulteriormente elaborata da V. CRISAFULLI (voce "*Disposizione (e norma)*, in, *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, 195), che ricorda come per disposizione si intende «la formula istituzionalmente rivolta a porre e a rivelare la norma», e che «non è di certo evento patologico la circostanza che una singola

Sta in principio la non praticabilità sul piano generale del c.d. rischio-zero che, al di là di situazioni nelle quali esso è tecnicamente inattingibile se non attraverso la rinunzia all'attività che innesca quella tipologia di rischio, è in concreto non irraggiungibile a meno di sostenere costi che renderebbero diseconomica l'attività.

Rinviando (di poco) il necessario approfondimento del richiamo alla diseconomicità, conviene qui subito indicare ciò che fronteggia sul piano assiologico la constatazione che l'assenza (*id est*: l'azzeramento) di qualsiasi rischio (inteso come esternalità negativa) derivante dallo svolgimento di ogni attività (d'impresa) è risultato in realtà non perseguibile: la portata preminente di valori quali la vita e la salute (la loro intangibilità) non può essere sottordinata a valori/interessi di diversa natura.

Ma se l'affermazione è, nella sua radicale semplicità, incontestabile, non possono tuttavia sfuggire declinazioni peculiari della cennata dialettica all'interno delle quali la rammentata drastica conclusione riesce meno sicura. Si pensi, per esemplificare, alla produzione di un farmaco salva-vita molto diffuso che importi l'impiego di insostituibili sostanze pericolose, con un ineliminabile rischio salute degli addetti alla lavorazione. Se in tale evenienza a fronteggiarsi sono beni di eguale natura (vita/salute degli addetti, vita/salute dei malati bisognosi di quel farmaco per la sopravvivenza), non sono certo difficili da immaginare situazioni nelle quali i rischi insiti nella produzione coinvolgono beni diversi dalla vita/salute (ad esempio: rischi per l'ambiente).

Ne segue la necessità di fissare un punto di equilibrio fra dimensione del rischio, al quale vengono esposti i beni della vita e della salute (per rimanere nel territorio scrutinato dal saggio del Maestro che si onora), e i benefici per la collettività associati allo svolgimento dell'attività generatrice del rischio.

Il riferimento alla collettività (termine la cui genericità è qui funzionale a identificarne la natura assiologicamente metaindividuale nel senso più ampio) vale come necessario e indispensabile 'correttivo' al parametro della 'diseconomicità', in precedenza accennato, la regolazione della cui componente strutturalmente relativa sarebbe altrimenti affidata (a principiare dalla sua determinazione quantitativa e per la sua parte preponderante) ai soggetti che controllano il fattore produttivo (semplificando: l'impresa).

Avvicinando il profilo d'interesse per poter poi apprezzare appieno le riflessioni del saggio del Maestro celebrato, conviene ancora qualche sintetica notazione.
Assumendo come limite superiore del profitto il valore del prezzo massimo che la domanda è disposta a pagare e come limite della diseconomicità l'equivalenza fra costo di produzione e corrispettivo di cessione, la semplificazione (forte) dell'assunto è

---

disposizione abbia ad esprimere simultaneamente più norme tra loro diverse ma compatibili». La distinzione è fatta propria anche dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale: v. ad es. la sentenza n. 84/1996 in tema di sindacabilità di decreto legge decaduto, che contiene l'affermazione per cui la Corte «giudica di norme ma si pronuncia su disposizioni» e ribadisce «la funzione servente e strumentale della disposizione rispetto alla norma, sicché è la immutata persistenza di quest'ultima nell'ordinamento ad assicurare la perdurante ammissibilità del giudizio di costituzionalità sotto il profilo dell'inalterata sussistenza del suo oggetto (che costituisce altresì, sotto questo aspetto, ragione della sua persistente rilevanza), mentre l'eventuale successione di una disposizione ad altra rileva soltanto al fine di riversare correttamente l'esito del sindacato di costituzionalità nell'ordinamento».

evidente, ma permette di cogliere un profilo ben rilevante nella prospettiva in discorso. Nella molteplicità dei fattori che concorrono alla determinazione del costo stanno all'evidenza anche quelli connessi al rispetto delle regole per garantire la 'sicurezza' della produzione, intendendosi il termine 'sicurezza' in senso lato (a partire da quella intrinseca del prodotto stesso, passando per quella riguardante la tutela della salute e della incolumità e il non sfruttamento degli addetti alla produzione[9] e, per chiudere un'esemplificazione certo non esaustiva, a quella concernente gli effetti sull'ambiente).

Detto che alla formazione del prezzo contribuisce, oltre al costo (in senso proprio), anche la componente genericamente riferibile ai c.d. oneri figurativi (remunerazione del puro capitale e del rischio), la dimensione del profitto (inteso come surplus di guadagno) dipende non soltanto dalla propensione soggettiva (le attese) del 'produttore', ma anche – all'evidenza – da quanto, sul lato della domanda, si è nelle condizioni di / disposti a pagare per ottenere il bene o il servizio (senza trascurare la ofelimità del bene o del servizio stessi).

Tale disponibilità, influenzata da una molteplicità di fattori tra loro anche fortemente eterogenei, nelle dinamiche delle società opulente risente in maniera preponderante di meccanismi condizionanti capaci di indurre bisogni (e quindi propensioni all'acquisto) significativamente distanti da quelli necessari per il soddisfacimento di esigenze di carattere primario. Non si tratta qui di esaminare (né, tantomeno, di approfondire) i profili socio-culturali e le connesse valutazioni assiologiche che (quasi fisiologicamente) spingono ciascuno ad apprezzare in modo differente i beni materiali la cui disponibilità rende, per così dire, soggettivamente più confortevole la quotidiana esperienza: la notazione vale soltanto a rammentare che il lato della domanda può essere e, in realtà, è potentemente suggestionato dal lato dell'offerta (*id est*: dai produttori/distributori di beni e servizi) in modo da alimentare costantemente quest'ultima, così corrispondentemente incrementando il lato della domanda. Azzardando, si sarebbe tentati di ritenere che gli *animal spirits*[10] non soltanto condizionano, secondo la geniale intuizione keynesiana, le decisioni del mondo dell'industria e della finanza, ma anche quello dei 'consumatori' dei prodotti e dei servizi, sempre più invogliati all'acquisto attraverso quelli che (prefigurati da Marc

---

[9] Sul tema dello sfruttamento del lavoro, venuto più recentemente all'attenzione, si vedano V. GIORDANO, *Il bene giuridico nel prisma dello sfruttamento del lavoro*, in *Sist. Pen.*, 30 aprile 2024: V. MONGILLO, Forced Labour *e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 830: S. SEMINARA, *Nuove schiavitù e "società civile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2021, 137.

[10] L'espressione, coniata nel 1936, da J.M. Keynes (v. J.M. KEYNES, *Teoria generale*, cit.) identifica il complesso di emozioni che guidano il comportamento umano, in generale, e quello imprenditoriale, in particolare. Keynes comprese per primo che nelle decisioni economiche intervengono sempre, invisibili, le componenti psicologiche. Tali componenti, secondo Keynes, possono volgere al pessimismo (il riferimento di Keynes era la grande depressione del 1929), ma il termine ha in genere denotazione positiva ('voglia di fare'). In questa attitudine positiva trae fondamento l'«ottimismo ingenuo» che motiva l'imprenditore a rifiutare l'idea di una perdita facendolo insistere nell'attività, come «un uomo sano allontana il pensiero della morte». Fermo che tale fiducia, di cui gli *animal spirits* sono portatori, è cruciale per ogni ripresa economica, una politica economica attiva è per Keynes altrettanto indispensabile e decisiva. Il concetto è stato diffusamente ripreso – talvolta distorcendone la valenza – e trova ora nei lavori di Akerlof e Shiller citati a nota 5 un compiuto e aggiornato sviluppo (v. in particolare, G. AKERLOF, R. SHILLER, *Animal Spirits*, cit.)

Bloch al principio degli anni '20 del secolo scorso) in anni remoti Packard[11] chiamò "persuasori occulti" e che sempre in anni lontani prese a studiare McLuhan[12] sviluppando le intuizioni di Innis e di Ong[13], persuasori che oggi dispongono, in forza dei social media e della rete, di una potenza smisurata e nella sostanza incontrollabile.

Prescindendo – è bene ribadirlo – da qualsivoglia considerazione di carattere valoriale sulla c.d. società dei consumi e sulla sua massificazione, il meccanismo per tal modo innescato, importando l'esigenza di estendere progressivamente la platea degli 'acquirenti' (*id est*: del mercato), richiede altresì che i prezzi di cessione non superino soglie di inattingibilità per fasce sempre più ampie di destinatari dell'offerta (potenziali acquirenti). Il contenimento del prezzo, necessario nella prospettiva di assicurarsi quote di mercato sempre maggiori, determina di per sé una contrazione del profitto (surplus di guadagno) unitario (rispetto al singolo bene/servizio venduto), contrazione che può però essere limitata (anche sensibilmente o addirittura integralmente compensata) attraverso l'incremento delle vendite, ovvero (ma non in senso alternativo) mediante la riduzione dei costi propriamente detti.

Nella dinamica così tratteggiata, la riduzione dei costi diviene allora lo strumento più efficiente per il conseguimento di un duplice, convergente obiettivo: da un lato, mantenimento (o, addirittura, incremento) del surplus di guadagno unitario attraverso la diminuzione del prezzo di cessione (o, comunque, apportando variazioni non significative rispetto alla soglia di 'acquistabilità' del prodotto/servizio) e, dall'altro, ampliamento delle quote di mercato mediante un'offerta capace di raggiungere una più vasta area di 'consumatori' (in ragione anche della riduzione del prezzo unitario). Con il risultato complessivo di un surplus di profitto, destinato a rimanere nelle mani delle imprese (dei loro titolari economici, in genere gli azionisti) senza beneficio alcuno per i consumatori o per i lavoratori dipendenti[14].

---

[11] Il riferimento è V. PACKARD, *I persuasori occulti*, Torino, 1958. Quanto a Bloch il richiamo è a M. BLOCH, *Réfléxion d'un historien sur les fausses nouvelles de la guerre*, in *Revue de synthèse historique*, 1921 trad. it. *Riflessioni d'uno storico sulle false notizie della guerra*, in M. BLOCH, *Storici e storia*, Torino, 1997, 163.

[12] V. M. MCLUHAN, *The Mechanical Bride: Folklore of Industrial Man*, 1951 (trad. it., *La sposa meccanica*, Milano); ID., *The Gutenberg Galaxy: The Making of Typographic Man*, 1962 (trad. it., *La galassia Gutenberg*, Milano, 1976); ID., *Understanding Media: The Extensions of Man*, 1964 (trad. it., *Gli strumenti del comunicare*, Milano, 1968); ID., *The Medium is the Message: An Inventory of Effects,* 1967 (trad. it., *Il medium è il messaggio: un inventario di effetti*, Milano, 1968).

[13] Il riferimento è a H.A. INNIS, *The Bias of Communication*, (1951), 2ª ed. with a new introduction by A.J. Watson, University of Toronto Press, 2008 e a W.J. ONG, *La presenza della parola*, 1970.

[14] V. J. EECKHOUT, *Il paradosso del profitto*, cit.. Soltanto per fornire un'indicazione sintetica ma ben illustrativa, si consideri che a partire dagli anni '80 del secolo scorso il rapporto che Nicholas Kaldor definiva 'fatto stilizzato' per il quale, fatto 100 il valore della produzione, un 1/3 andava al capitale e i restanti 2/3 al lavoro, è progressivamente mutato, attestandosi intorno al 58% al lavoro e al 42/ al capitale nel 2017. Secondo il citato lavoro di Eeckhout, nel settore tecnologico, ad esempio, un ristretto gruppo di imprese ha raccolto la maggior parte dei benefici, potendo così acquisire le imprese rivali, guadagnando ulteriori elevatissimi profitti, senza alcun ritorno per i lavoratori, ambito nel quale si sono ulteriormente incrementate le disparità. Unitamente alla crescita dei "bisogni" (più o meno indotti) di acquisto, le nuove tecnologie sono state impiegate per un innalzamento dei prezzi in luogo di un loro contenimento che avrebbe permesso di trasferire tali benefici anche sui consumatori. Con conseguenze ulteriori: prezzi ingiustificatamente alti, diminuzione del numero di nuove imprese in grado di competere, diseguaglianza crescente, gravi

3. La gestione (economica) del *rischio* tra dimensione privatistica e pubblicistica.

Se nella riduzione dei costi consiste – come si è in precedenza mostrato – uno snodo essenziale dell'economia di mercato, il profilo meritevole d'attenzione concerne le tipologie dei costi sulle quali il contenimento incide o, più genericamente, le scelte (anche modali) che presiedono a tali interventi. Preliminarmente precisato che l'opzione di diminuire il costo di produzione è, in sé considerata, non soltanto assiologicamente neutra (potendo addirittura assumere valenza senz'altro positiva[15]), per certo non altrettanto può dirsi quando tale obiettivo (intermedio e strumentale a quello della massimizzazione del profitto) sia perseguito attraverso scelte incidenti sugli oneri necessari per assicurare il rispetto delle esigenze di sicurezza alle quali si è fatto in precedenza riferimento.

L'attitudine a privilegiare la compressione dei costi agendo sulla quota attinente alla sicurezza è sostenuta da motivi molteplici, sebbene fra loro eterogenei. Osando una elencazione senza pretese di completezza, viene in prima considerazione la 'facilità' del contenimento dei costi attraverso la riduzione degli investimenti in materia di sicurezza, bastando qui il rilievo che l'intervento ben può limitarsi a un semplice *non facere*. A siffatta agevole fattibilità si accompagna un ulteriore sintonico profilo, rappresentato dalla circostanza che gli effetti derivanti dalla minor sicurezza non si riflettono in modo tipico e necessario sulle caratteristiche intrinseche del prodotto/servizio (o, quanto meno, tali effetti possono essere governati in maniera che l'appetibilità del prodotto/servizio non ne risenta in maniera apprezzabile per il consumatore, distogliendolo dalla scelta[16]).

Che gli investimenti in sicurezza non abbiano riverberi positivi sulla qualità del prodotto/servizio e neppure sulla dinamica della determinazione del prezzo di cessione introduce a ulteriori notazioni riguardanti i motivi che possono istigare all'opzione in discorso.

Proseguendo in ordine sparso, la circostanza che le conseguenze avverse dei deficit in materia di sicurezza si manifestino – nella preponderante maggioranza dei casi – in un orizzonte temporale (anche vastamente) dilatato o, comunque, non prossimo all'omesso intervento che la legge o la buona tecnica avrebbero richiesto[17], determina

---

limitazioni della mobilità sociale.

[15] Si pensi, per esemplificare, a una riduzione di costi derivante da una razionalizzazione del ciclo produttivo capace di ridurre scarti e sprechi

[16] Si pensi alla scelta di materie prime scadenti o non sicure, impiegate in modo tale però da non determinare una minore appetibilità del prodotto per il consumatore di massa, ovvero che permettono prezzi di vendita che rendono quel prodotto – anche se di qualità inferiore (ma non così percettibilmente inferiore) – più economico e quindi preferibile. Ovvero al perseguimento di analoghi risultati in termini di prezzo finale attraverso la riduzione dei costi del lavoro anche in termini di sicurezza per i lavoratori addetti, che, se anche non rimangono ignoti (come invece sovente accade) al consumatore, non ne condizionano su larga scala le scelte di acquisto. Si veda anche G. ALFANI, *As God among men. A History of Rich in the West*, Princeton, 2023.

[17] Si pensi, per esemplificare, ai "risparmi" sul versante della sicurezza nei luoghi di lavoro per quanto concerne l'esposizione a sostanze tossiche, nocive o cancerogene: gli effetti perniciosi di tali scelte sono destinati a prodursi ad anni, se non a decenni, di distanza dall'esposizione.

una discronia, un disallineamento cronologico che, impedendo l'immediata concreta percezione dell'effetto dannoso, contribuisce altresì all'ottundimento della percezione della portata offensiva del deficit di sicurezza rispetto a beni primari, percezione che rimane pertanto affidata – sotto questo riguardo – alla capacità di visione prospettica, soggettivamente condizionata e comunque incerta.

Il lato del condizionamento soggettivo della visione prospettica (sul versante dei soggetti titolari dei beni da tutelare) riceve poi un poderoso effetto negativo dalla già notata forza dei "persuasori occulti", in grado di orientare la propensione al consumo in modo da generare veri e propri bisogni, rispetto ai quali rinuncia o limitazione (che potrebbero conseguire a scelte opportune o addirittura necessarie per salvaguardare, in prospettiva, beni di primario livello) non vengano né accolte né addirittura prese in considerazione (anche in banali comportamenti quotidiani)[18].

Ma il tema della visione prospettica suggerisce immediatamente riferimenti a componenti culturali e assiologiche, che sostanziano giocoforza siffatto profilo: che il patrimonio culturale e i valori etici dei soggetti 'decisori' delle politiche (d'impresa) ne condizionino (almeno in parte) le scelte è questione non dubitabile, ma altrettanto indiscutibile che, oltre il contingente relativismo delle componenti culturali e l'impossibilità di ipostatizzare valori etici (se non attraverso la loro riduzione a categorie formali: per esemplificare, il rispetto delle regole di fonte legale in uno stato di diritto[19]), un simile generico richiamo alla cultura e all'etica si presenta poco appagante quando lo si voglia distaccatamente apprezzare nelle dinamiche dell'immane concretezza del reale, andando al di là della sua valenza evocativa.

Anche a concentrare l'interesse in modo esclusivo sull'aspetto in discorso, se svincolata dal diverso tema del rispetto di regole 'esterne' (*id est*: di fonte ordinamentale) e se quindi connessa esclusivamente con altre esigenze intrinseche all'impresa, la prospettiva *de futuro* riferita agli investimenti in sicurezza può trovarsi in conflitto non soltanto potenziale, ma anche concreto e attuale con tali diverse esigenze: in assenza di regole esterne, la conseguente anomia finirebbe con l'affidare le scelte a valutazioni eminentemente soggettive, legate a propensioni e interessi individuali e opportunistici del decisore, rendendone – fra l'altro – problematica la valutazione critica.

In proposito, e per esemplificare, si pensi a una situazione nella quale siano necessari investimenti in materia di sicurezza nell'ambiente di lavoro nel contesto di un'impresa in crisi, le cui scarse risorse disponibili siano appena sufficienti per il sostegno di un piano di soluzione della crisi stessa, ovvero e più in generale e senza far ricorso a ipotesi patologiche, si consideri l'opzione di perseguire risultati a breve termine, con sacrificio di investimenti prospettici (e, in un certo senso, improduttivi nel breve) a beneficio della compagine azionaria (sia per gli utili distribuibili sia per l'incremento del valore del

---

[18] E' di esemplare chiarezza il dato concernente lo spreco alimentare (cioè di beni di carattere primario): secondo le stime dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO) aggiornate al 2020 (FAO) in media ciascuna persona che vive in Europa o nell'America del Nordi spreca intorno ai 95–115 kg all'anno.

[19] Non dimenticando che anche la nozione di "Stato di diritto" ha anch'essa una ben precisa connotazione storico-ideologica, connessa alla sua matrice borghese.

titolo) e del ceto creditorio contingente. Sicché affidarsi al pur indubbio pregio della componente culturale ed etica dei decisori della politica d'impresa riesce soluzione densa di perplessità e nella sostanza insoddisfacente.

Né può sfuggire che, se l'autodisciplina[20] come fattore individuale (riferita cioè al singolo attore economico) risulta ben poco efficiente, non miglior sorte può sperare di avere un meccanismo di autonormazione affidato al reciproco gioco di interazioni fra i vari competitori secondo l'illusione del libero mercato che trova al suo interno regole di equilibrio e di efficienza (ma sulla questione si tornerà in seguito).

Impregiudicata (e comunque non condivisa) l'efficienza di simile (illusoria) prospettiva, l'ambito del quale si discorre è popolato da beni e valori (ad esempio, vita e salute) che trascendono quelli dell'impresa singola e delle imprese complessivamente considerate, pur parte integrante ed essenziale del sistema economico. Beni e valori la tutela dei quali non sembra poter essere affidata a logiche di matrice in ultima analisi "privatistica", nel senso che a determinare un (presunto) equilibrio e una (sperata) efficienza sia il dialettico contrapporsi degli interessi (e della "forza") dei soggetti che si fronteggiano, soggetti a una parte dei quali non è – come tale – portatrice proprio di quei beni e di quei valori (pur di portata generale) che dovrebbero essere per tal modo protetti.

Sicché non pare revocabile in dubbio l'opportuna convenienza dell'opzione che assegna al "legislatore" il compito di fissare limiti e soglie di sicurezza per attività intrinsecamente pericolose[21]. Opzione che trova un preciso e conclusivo fondamento costituzionale[22] e che, tradotta nella lingua dei penalisti, finisce (*rectius*: dovrebbe finire) con l'orientare i modelli imputativi verso lo schema della colpa specifica, in quanto strutturalmente collegata a disposizioni prevenzionistico-cautelari rigide (o non flessibili) per forma e contenuto.

---

[20] Sulla questione fondamentale il lavoro monografico di D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, Torino, 2021. Nella vasta bibliografia, si vedano, a partire dalle risalenti riflessioni di C. PEDRAZZI, *Codici etici e leggi dello Stato*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 1049, in particolare i contributi di D. BIANCHI, *Risultati attesi ed effetti indesiderati della "autoregolazione regolata" in materia penale*, *LP*, 17.11.2023; M. CAPUTO, *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità da reato*, *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2013, 101; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 57, 98, 315, 428; F. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei "compliance programs" nell'ordinamento italiano*, *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, 219; J. C. COFFEE, *Il cedimento degli "intermediari reputazionali" e la riforma del Sarbanes-Oxley Act*, in AA.VV., *I controlli esterni nelle società quotate*, a cura di C. Amatucci, Milano, 2005, 27; G. DE FRANCESCO, *Uno sguardo fugace sulla c.d. autonormazione*, *LP*, 17.4.2023; C.E. PALIERO, voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in ED – *I tematici, II, Reato colposo*, dir. da M. Donini, Milano, 2021, 70; C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del 'modello organizzativo' ex d. lgs. 231/2001*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli 2011, 2049; ID., *Autonormazione e controllo penale*, *Dir. pen. proc.*, 2015, 261; ID., *Ius sibi imponere: controllo penale mediante autonormazione?*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato, Napoli 2016, 117; S.B. TAVERRITI, *Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1931; EAD., *Che cosa genera il sonno del Leviatano? Modelli e movimenti dell'autonormazione nelle pieghe dell'ordinamento penale statale*, *Criminalia*, 2021, 129.

[21] Sul punto, esemplare per chiarezza F. PALAZZO, *Obblighi prevenzionistici*, cit., 1547 e *passim*.

[22] V. ancora F. PALAZZO, *Obblighi prevenzionistici*, cit., 1547.

4. La (necessaria) regolazione pubblicistica.

Preclusa l'ipotesi di una regolazione di fonte convenzionale, affidata cioè alla dialettica fra i portatori degli interessi contrapposti (semplificando: il produttore del rischio e il titolare del bene esposto al rischio), è logicamente evidente che la disciplina di attività generatrici di rischi debba essere di competenza esclusiva di un soggetto terzo, di matrice pubblicistica, ciò che rimanda immediatamente all'idea dello Stato-istituzione, ovvero a una delle sue emanazioni.

Conviene nondimeno precisare che il riferimento allo Stato, figura comunque destinata a svolgere un ruolo indispensabile e centrale nella dinamica della disciplina dell'attività d'impresa (anche e soprattutto stante l'assetto ordinamentale domestico in relazione alla componente sanzionatoria), riesce insufficiente se si considera l'attuale configurazione di quanto è oggetto della disciplina in discorso. Al di là del frusto richiamo alla globalizzazione, sta la constatazione che l'attività di un gran numero di imprese da lungo tempo travalica (e nel pronosticabile futuro in maniera sempre maggiore è destinata a travalicare) i confini delle singole nazioni. Per altro verso, l'interconnessione dei mercati importa che gli effetti (eventualmente negativi) di situazioni generatesi in un particolare mercato (segnatamente se si tratta di uno particolarmente ampio) si riflettono ineluttabilmente sugli altri[23].

Circostanze, le due sopra ricordate, da sole bastevoli a dar ragione della necessità (più che una raccomandabile esigenza) di discipline sovranazionali, che – come noto – per alcuni settori e in alcuni ambiti territoriali sono già parte del diritto positivo[24]. Senza entrare in un'analisi qui eccentrica, non può però non segnalarsi che, pensando ad esempio alla disciplina eurounitaria del *market abuse*, per quanto il legislatore sovranazionale abbia profuso impegno notevole per fornire a quelli nazionali parametri particolarmente stringenti per la formazione delle singole discipline interne, sono residuati spazi non marginali di discrezionalità, destinati a generare dislivelli anche

---

[23] L'esempio più immediato ed evidente è fornito dalla crisi economica iniziata nel 2008 con la crisi finanziaria legata al mercato dei sub-prime negli Stati Uniti e propagatasi a livello mondiale, in massima parte prodotta dagli effetti disastrosi della de-regolamentazione conseguente al *Financial Services Modernization Act* e al *Commodity Futures Modernization Act* ovvero alla di poco precedente abrogazione del *Glass-Steagall Act* da parte del *Gramm-Leach-Bliley Act*. Sulla *deregulation* in materia di mercati finanziari attuata negli USA alla fine del secolo scorso e per un'analisi delle ricadute di tale opzione di *policy* rispetto alla crisi globale del 2008, v. J.A. TATOM, *Financial Legislation: The Promise and Record of the Financial Modernization Act of 1999*, in J.A. TATOM (ed. by) *Financial Market Regulation. Legislation and Implications*, Springer, 2011, 3 ss.; P.J. WALLISON, *Did the "Repeal" of Glass-Steagall Have Any Role in the Finacial Crisis? Not Guilty. Not Even Close*, *ivi*, 19 ss.; A.D. HALM-ADDO, *The 2008 Financial Crisis: The Death of an Ideology*, Dorrance, 2010, 2 ss. Ciò che, da altro punto di vista, rimanda al tema dell'autoregolamentazione e alle sue criticità. In proposito, oltre ai lavori di Akelrof e Shiller citati a nota 5, ai quali *adde* R.J. SHILLER, Euforia, cit.; ID., *Narrative Economics: How Stories Go Viral and Drive Major Economic Events*, Princeton University Press, 2019 (trad. it. *Economia e narrazioni. Come le storie diventano virali e guidano i grandi eventi economici*, Milano, 2020), si veda per tutti, con riguardo ai riflessi penalistici, B. E. HARCOURT, *L'illusione del libero mercato. Il sistema penale e il mito dell'ordine naturale*, Vicenza, 2021. Nella prospettiva del rapporto diritto/formazione della ricchezza, v. K. PISTOR, *Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e diseguaglianza*, Roma, 2021.

[24] Si pensi, per esemplificare, alla disciplina di fonte eurounitaria della concorrenza o del *market abuse*.

significativi sul piano della regolazione concreta, ulteriormente acuiti dalle differenze dei sistemi domestici ai quali sono affidate le fasi del controllo, della vigilanza e dell'accertamento giudiziario (sino alla concreta applicazione della sanzione). Sicché al ruolo ineludibile dello Stato nazionale è associato un fattore di criticità rispetto all'esigenza di una massima (almeno in linea tendenziale) unitarietà della disciplina.

Oltre questi aspetti critici, legati a profili per così dire 'tecnici', ve ne è poi un altro di carattere strutturale, tanto rilevante sul piano delle concrete conseguenze quanto consegnato all'utopia sul piano della soluzione. Rispetto a mercati 'mondiali' (in senso quasi etimologico) persino normative come quelle eurounitarie paiono asfittiche e comunque inadeguate, posto che la compenetrazione e l'interconnessione delle sedi di scambio implica flussi e scambi di beni e servizi (e delle connesse attività) che circolano da ogni parte del globo senza limitazioni significative (a meno di pensare a forme di protezionismo, anacronistiche sebbene non infrequente oggetto di sprovvedute tentazioni).

Non sfugge certo che anche l'indicazione di una regolazione pubblicistica sconta perplessità e problemi, a principiare da quelli concernenti la sostanziale terzietà dell'agente pubblico (ente e soggetti che lo rappresentano), la sua impermeabilità rispetto ai condizionamenti (diretti e indiretti), la sua effettiva competenza e via elencando: ma i confini del presente contributo suggeriscono in proposito una sospensione di giudizio, una epochè fenomenologica, sorretta tuttavia dalla considerazione che, pur con gli accennati limiti (si badi: tutti di natura patologica, che dunque non ne intaccano il profilo strutturale[25]), la regolazione di fonte/matrice pubblica è certamente preferibile a una di fonte/matrice convenzionale e, a maggior ragione, a quella di fonte/matrice privata nella forma della autolimitazione/autonormazione (specialmente se promana dalla parte interessata allo svolgimento dell'attività da disciplinare[26]).

Sempre entro il circoscritto orizzonte del presente lavoro, non sfuggono le potenziali critiche a un approccio del genere di quello qui privilegiato.

In disparte l'ideologica contrapposizione, che finisce per un canto con l'attribuire a qualunque forma di regolazione eteronoma il colore sgradevole del dirigismo statalista e, dall'altro, con l'assegnare la patente di liberismo tracotante e incontrollato alla rivendicazione di spazi adeguati alla libertà d'impresa, è innegabile che le esigenze sottostanti alle due differenti visioni abbiano un loro oggettivo fondamento.

Prescindendo da ogni valutazione di carattere assiologico sul modello della società capitalista di mercato e limitando la notazione al dato storico, non sembra semplificazione eccessivamente azzardata riconoscere che, pur con tratti peculiari anche significativamente diversi, si tratta della struttura economica ormai largamente

---

[25] L'esistenza di carenze o deficit di natura patologica (quindi episodica, generati da situazioni/condizioni specifiche) non è, infatti, di per sé elemento tale da inficiare la correttezza di un impianto nel suo aspetto strutturale.

[26] Sul tema dell'autonormazione, si rinvia alla nota 20 nonché, per l'esemplificazione degli effetti critici in materia economica, a quanto osservato a nota 23.

predominante[27] a livello mondiale. Con una specificazione ulteriore: le diversità alle quali s'è fatto cenno paiono concernere non tanto i modelli produttivi e finanziari quanto gli assetti politico-istituzionali (e amministrativi) nei quali sono collocati. In altri termini, i modi di produzione e di scambio hanno assunto (ovunque) fattezze 'capitalistiche' (a ciò condotti quasi ineluttabilmente anche dalla sempre più pervasiva interconnessione dei mercati), rendendo sotto questo profilo marginali le preesistenti diversità dei quadri di riferimento istituzionali e normativi dei singoli paesi. Ma se tali diversità non incidono – se non marginalmente – sull'ambito economico (in senso generale), a una considerazione più attenta esse svelano profili meritevoli di considerazione dal punto di vista qui di maggiore interesse.

Procedendo per schemi semplificati, le forme istituzionali di alcuni fra i paesi reduci dall'esperienza del c.d. socialismo reale di matrice sovietica, così come la Cina popolare, hanno meccanismi istituzionali e di formazione della classe dirigente politica che tutt'oggi riflettono lo schema del centralismo democratico di stampo leninista, sostanzialmente indifferenti al consenso elettorale secondo il modello classico delle democrazie parlamentari, espressione politica della rivoluzione borghese (cui è intimamente legata, sul versante economico, la fase genetica della rivoluzione industriale[28]).

Senza formulare considerazioni valoriali su siffatti modelli istituzionali e sui loro riflessi in principalità sul versante delle libertà individuali, è constatazione difficilmente contestabile che essi assicurino una più *facile* formazione delle regole proprio per la concentrazione verticistica e sostanzialmente incontrollata del momento legislativo, che finisce con l'identificarsi con quello esecutivo (per usare sempre la terminologia dei sistemi liberal-democratici).

L'aggettivo *facile* intende alludere a una varietà di componenti, che vanno dall'assenza di confronti dialettici con soggetti portatori di interessi/visioni differenti, alla riduzione/inesistenza di passaggi intermedi (anche soltanto tecnici) per la formazione/redazione delle regole, alla debolezza/mancanza di controlli successivi in

---

[27] Almeno a far data dalla dissoluzione dell''impero' sovietico, collocabile simbolicamente nella caduta del muro di Berlino (9 novembre 1989).

[28] Con la dissoluzione dell'economia della società feudale, l'avvento della classe borghese (attraverso le sue rivoluzioni – politica e industriale) determina sul piano economico l'accumulazione del capitale, che in una lettura marxiana (in particolare K. MARX, *Il Capitale*, libro I, sez. VII, capitolo 24) presuppone il plusvalore. Plusvalore che a sua volta presuppone la produzione capitalistica, che implica la presenza di masse di capitale e di forza-lavoro di considerevole entità in mano ai produttori di merci. Una sorta di circolo vizioso che suggerisce fortemente la supposizione di un'accumulazione "originaria" ("*previous accumulation*" per A. Smith) precedente l'accumulazione capitalistica: una accumulazione che non è il risultato, ma il punto di partenza del modo di produzione capitalistico. E' interessante notare che nell'area riconducibile al fu 'impero' sovietico (e massimamente all'attuale Federazione Russa) il passaggio dei beni (l'accumulazione originaria) avviene dallo Stato direttamente a soggetti privati. Nel modello sovietico, come noto, era lo Stato ad avere la disponibilità e il controllo totale dei fattori economici, in particolare a partire dalla presa del potere di Stalin, che chiuse nel 1928 la 'Nuova Politica Economica' (NEP) impostata da Lenin (alla quale non furono estranee le suggestioni di W. Rathenau, che ebbe contatti con i massimi esponenti del bolscevismo: si pensi all'accordo economico russo-tedesco negoziato da Rathenau e Cicerin, ministro degli esteri dell'URSS, nell'aprile del 1922, cd Trattato di Rapallo).

ordine alla 'legittimità' delle regole per tal modo create, allo scarso presidio sul piano delle garanzie giudiziarie apprestato in fase applicativa. Come ognun vede, si tratta di fattori che attengono tutti al profilo metodologico-funzionale, prescindendo dal contenuto della regola (indifferente in tale visione parcellizzata) e che, sempre in quest'ottica parziale, autorizzano l'insidiosa suggestione di attribuire aspetti positivi a un assetto istituzionale che porta alla *facilità* in un settore tanto cruciale quanto gravido di implicazioni. Suggestione che, come si cercherà di illustrare in seguito, è destinata a incrementarsi in rapporto a una prospettiva connessa con il fenomeno della interdipendenza dei mercati (e della sottostante c.d. concorrenza fra ordinamenti).

Quasi speculari le differenze sul piano metodologico-funzionale dei modelli che hanno matrice nell'archetipo liberal-democratico, pur nelle varianti storicamente determinatesi. La presenza di confronti dialettici, di controlli di varia natura, di dinamiche che assicurano separazione e bilanciamento dei poteri, tratti caratteristici di questi ultimi modelli istituzionali, se da un lato rende *meno facile* la formazione delle regole, dall'altro promette il perseguimento (almeno in via tendenziale) di due fini che al modello autocratico sembrano strutturalmente preclusi.

Il primo, che ha valenza prevalentemente assiologica, consiste nella connotazione dialettica che percorre tutte le fasi metodologico-funzionali, connotazione in qualche misura espressiva dell'esigenza del rispetto delle libertà individuali fondative dell'ideale democratico, che si realizzano anche attraverso la considerazione e il confronto tra differenti contrastanti visioni e nella successiva fase del controllo.

Il secondo fine, per il cui raggiungimento è specialmente adeguata la dinamica dialettica in discorso, concerne propriamente l'efficienza della regola sul piano dei suoi contenuti. Che la qualità delle scelte (anche di carattere tecnico) tragga vantaggio dal confronto dialettico di opinioni contrastanti, dalla contrapposizione di valori e di interessi, pur legittimi, ma fra loro confliggenti, dalla giustapposizione di differenti esigenze e dalla sintesi equilibrata di tutti tali momenti (che si riflette nella scelta: *id est*, nella regola per tal modo formata) è constatazione difficilmente confutabile.

Sicché a una più attenta considerazione è destinata a svanire la suggestione che la maggior facilità nella formazione delle regole, caratteristica di modelli istituzionali fortemente centralizzati in senso autocratico, sia foriera di una maggiore efficienza.

D'altronde, al cospetto di organizzazioni sociali sempre più complesse, all'interno delle quali convivono necessariamente componenti per molteplici riguardi fortemente differenziate (talvolta anche conflittuali)[29], l'*imposizione* di regole attraverso meccanismi impermeabili alla considerazione/valutazione del grado di

[29] Il multiculturalismo delle società attuali è fenomeno straordinariamente complesso, legato non soltanto a differenze sul piano strettamente culturale (inteso il termine in senso 'stretto'), ma anche e soprattutto a stratificazioni determinate da sempre maggiori differenze economiche, generate da una profondamente diseguale distribuzione della ricchezza (v. dati indicati a nota 6), che ormai va ben oltre l'analisi dello "scambio ineguale" (v. P. A. BARAN, P. M. SWEEZY, *Il capitale monopolistico*, Torino, 1968) e rende del tutto obsoleta la categorizzazione marxiana delle "classi" sociali. Sul piano delle criticità sul versante penale, si vedano F. BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati: il diritto penale nelle società multiculturali europee*, Milano, 2010; A. BERNARDI, *Il "fattore culturale" nel sistema penale*, Torino, 2010; ID., *Modelli penali e società multiculturali*, Torino, 2010; C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, Pisa, 2010.

accettazione/condivisione del/i principio/i sottostante/i finisce con il riflettersi in modo negativo sulla probabilità che la regola venga rispettata dai destinatari. Non è certo azzardata congettura ritenere che la tendenza all'osservanza di una disciplina sia tanto maggiore quanto maggiore è la condivisione di quella disciplina (o, più esattamente, dei principi cui essa è ispirata) nonché dalla circostanza che le regole che la costituiscono esprimano un accettabile punto di equilibrio fra esigenze tra loro contrapposte.

Corrispondentemente, al deficit di condivisione farà invece da contrappunto, sempre sul piano dell'effettività, un fenomeno di inosservanza, tanto più diffuso quanto maggiore è il dislivello di condivisione, con l'ulteriore conseguenza che l'aspettativa del rispetto finirà con il dipendere per la gran parte dalla concreta deterrenza della sanzione comminata per la violazione (con tutti i problemi e le criticità che una siffatta prospettiva reca con sé).

Sicché pur da questo punto di vista l'ottica della condivisione, che sconta l'approccio dialettico di cui s'è detto, sembra promettere la considerazione anche di profili non consentanei con quelli dominanti, in questo permettendo la formulazione di regole più ampiamente accettate[30].

Riguardata tuttavia nella sua pura oggettività, la componente prescrittivo-coercitiva, intrinseca a ogni disciplina (in quanto risponde alla necessità di esigere da ciascun consociato un determinato comportamento), in qualche misura prescinde dai meccanismi istituzionali che presiedono alla sua formazione. Anche ad ammettere la praticabilità del meno coercitivo degli assetti (della cui funzionalità si potrebbe legittimamente dubitare, posta l'enorme rilevanza degli interessi in gioco), si resterebbe comunque all'interno di un paternalismo libertario (c.d. *Nudge Theory*), la cui efficienza rispetto alla tutela dei beni di preminente rilievo esposti a pericolo non sembra appropriata[31].

---

[30] E' di grande momento la notazione di J. Stuart Mill (in *On Liberty*, New York, 1859) secondo cui "la maggioranza deve fare leggi che accetterebbe se fosse minoranza" (J. STUART MILL, *Saggio sulla libertà*, Milano, 2023, con prefazione di G. Giorello e M. Mondadori).

[31] Come noto, la *Nudge Theory*, una sorta di 'spinta gentile', si fonda sull'idea di un intervento nella architettura delle scelte, in modo tale da condizionare/alterare il comportamento delle persone senza imporre proibizioni esplicite e dirette e senza modificare in modo sostanziale i benefici economici che possono essere tratti dalla decisione 'suggerita' rispetto a quelle alternative che si intendono evitare. V. per tutti, R. H. THALER e C. R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, 2008, trad. it. *Nudge – La spinta gentile*, Milano, 2009. Tuttavia per una più accurata definizione dei concetti di "Sistema Riflessivo" e di "Sistema Automatico" (che caratterizzerebbero il pensiero umano in tale prospettiva, v. D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012. In proposito si vedano inoltre, C. R. SUNSTEIN, *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Milano, 2014; C. R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Law & Leviathan. Redeeming the Administrative State*, Harvard University Press, 2020; R. THALER, *Misbehaving*. *La nascita dell'economia comportamentale*, Torino, 2018; D. FONDAROLI, *Homo oeconomicus. La responsabilità in attività d'impresa tra condizionamenti comportamentali e "spinta gentile"*, Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, a cura di C. Piergallini, G. Mannozzi, C. Sotis, C. Perini, M. Scoletta, F. Consulich, con la collaborazione di S.B. Taverriti, Milano, 2022, 1527; A. GRAGNANI, Nudging *e libertà costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2021, 19.4. 2021; L. SAVADORI, *Nudge: opportunità o moda passeggera?*, *G. Ital. di psicol.*, 2020, 355: G. TUZET, *Nudge: la struttura normativa*, ivi, 2020, 518; S. VIDA, *Povertà del nudge e nudge della povertà*, in N. Riva (a cura di), *L'antipaternalismo liberale e la sfida della vulnerabilità*, Roma, 2020, 175. Per una diversa prospettiva si veda R. FROST, *Normatività e potere*, Milano, 2021.

Si tratta ora di dare sintetico conto dell'altro profilo di suggestione positiva che accompagna l'idea che assetti istituzionali centralisticamente autocratici presentino efficienza maggiore al cospetto di mercati fortemente interconnessi. Tale idea si accredita in particolare muovendo dalla prospettiva che in tali sistemi vi è una strettissima sintonia (se non una vera e propria identificazione) fra i soggetti istituzionali che presiedono alla formazione delle regole e gli operatori economici (formula generica per individuare il variegato novero di soggetti le cui attività debbono essere disciplinate). In questo rapporto sintonico, che manifesta una confusione di interessi e di ruoli, altrimenti funzionalmente distinti e dialettici, si annida ad un tempo ciò che fomenta la suggestione positiva e quanto invece ne mostra l'intrinseca sostanziale debolezza.

Principiando dall'aspetto della suggestione positiva, è agevole osservare che un simile assetto consente la predisposizione di regole che, in un'ottica opportunistica legata all'interesse del sistema-paese (inteso come organizzazione statuale e delle imprese ivi operanti), avvantaggiano le imprese 'domestiche' rispetto a quelle che operano altrove e ciò, si badi, non limitatamente al mercato interno, ma anche – vien da dire, soprattutto – rispetto al mercato globale, nel quale i prodotti/servizi di quelle 'domestiche' possono essere offerti a prezzi che beneficiano dei minori costi conseguenti a discipline meno onerose a discapito della tutela di beni primari (esemplificando, si pensi alla protezione dell'ambiente o dell'igiene e della salute nei luoghi di lavoro, ovvero alla disciplina in materia fiscale o di oneri contributivi).

Detto che in alcuni ambiti, come già ricordato, regolamentazioni sovranazionali (seppur non globali) presidiano settori economici significativi, nella prospettiva qui d'interesse preme osservare che soltanto una *disciplina eteronoma di matrice pubblicistica* (com'è quella di fonte convenzionale fra Stati) rappresenta il mezzo efficiente (forse l'unico) per raggiungere lo scopo (tendenziale) di assicurare condizioni di concorrenza 'corretta' (non distorta) e, al contempo, un accettabile grado di tutela di beni e diritti fondamentali di primario livello.

Due notazioni ancora prima di chiudere questo paragrafo.

Da un lato, la cursoria riflessione che le condizioni di sopravvivenza dei sistemi autocratici sono affidate al mantenimento di fattori e variabili economico-sociali, intrinsecamente arduo, ulteriormente infragilito dalla circolazione non soltanto dei beni materiali ma anche delle informazioni che, in un universo globalizzato, è difficilmente limitabile (e comunque al prezzo di fortissime compressioni delle libertà individuali)[32]. Necessitato e dalle conseguenze inevitabili, lo sfondo dell'interdipendenza economica, come tale preclusivo dell'impermeabilità di un singolo sistema-paese, finisce con il rendere, in prospettiva di medio-lungo termine, siffatti sistemi destinati all'implosione e al tracollo, che possono essere accelerati da fattori interni legati alla insostenibilità delle

[32] L'analisi storica suggerisce che nei sistemi autocratici la componente relativa al controllo economico-sociale svolga una funzione essenziale per la loro stessa sopravvivenza, sicché la struttura organizzativa del sistema ne viene pesantemente condizionata divenendo quel mezzo (il controllo) il fine (o, almeno, uno dei fini essenziali) dell'attività di governo, in quanto funzionale alla sopravvivenza del sistema stesso.

limitazioni alle libertà individuali cui sistemi del genere sono strutturalmente costretti a ricorrere, in forme seppur diverse, ma tuttavia progressive[33].

D'altro canto, anche il profilo assiologico merita un altrettanto sintetico momento di meditazione, fermo restando che esso appartiene a un ambito che precede – essendone fondativo – quello del 'diritto', inteso come sistema di regole date in una determinata epoca storica e in determinati ambiti territoriali.

A ben vedere, i riferimenti (che si sono fatti e che ancora si faranno) alla vita, alla salute, alla eguaglianza, alla solidarietà, all'ambiente e via discorrendo come beni primari meritevoli di tutela sembrano scontare tale qualificazione secondo un giudizio assoluto di natura trascendentale, a-storicamente valido. Non è questa la sede per approfondire la questione e neppure per accennarla, tuttavia qualche notazione riesce conveniente nella prospettiva concernente la regolazione pubblicistica.

La riflessione potrebbe principiare da un dato di carattere oggettivo, in qualche misura meta-storico, legato all'esigenza – davvero primaria – di garantire le condizioni di esistenza dell'organizzazione sociale, intesa come fattore essenziale e necessario per la sopravvivenza del genere umano[34].

Anche la forma minima di aggregazione sociale esige la formazione e il rispetto di regole primordiali ma funzionali al mantenimento dell'organizzazione stessa, regole che, pur nella loro ridotta e scabra essenzialità, scontano il riconoscimento di valori metaindividuali, essenziali per tutelare un interesse superiore (la sopravvivenza del gruppo, che, a sua volta, rende possibile quella dei singoli individui)[35]. Che in tali valori primigeni sia possibile individuare l'origine stessa del concetto di bene giuridico sarebbe senz'altro questione meritevole di approfondimento, ma preme qui osservare che al progressivo ampliarsi della dimensione originaria del gruppo tribale fa da contrappunto il corrispondente incremento delle interazioni fra i componenti del gruppo e, conseguentemente, degli interessi potenzialmente confliggenti, che debbono essere

---

[33] La 'durata' nel tempo dei sistemi autocratici sembra – almeno con riguardo al mondo contemporaneo – legata due distinti fattori: da un lato l'ampiezza del mercato e dall'altro la efficienza del controllo. Si tratta di fattori interconnessi e vicendevolmente influenzantisi: l'ampiezza del mercato per un verso favorisce la capacità di sopravvivenza (si pensi al sistema del fu "impero" sovietico), dall'altro rende meno agevole il controllo, anche perché più facilmente permeabile a influenze esterne (come tali, destabilizzanti); d'altro canto, un mercato dimensionalmente ridotto presenta l'intrinseca debolezza della scarsità di risorse, ma è più facilmente suscettibile di un controllo pervasivo, capace anche di produrre un più alto grado di impermeabilità rispetto all'esterno (si pensi al modello della Repubblica Popolare Democratica di Corea).

[34] Il richiamo, obbligato, è al pensiero di C. Lévi-Strauss (C. LÉVI-STRAUSS, *Razza e storia e altri studi antropologici. Le regole che condizionano il pensiero e la vita dell'uomo* (1952), Torino, 1967; ID. *Antropologia strutturale I (1958)*, Milano, 1966; ID., *Antropologia strutturale II (1972)*, Milano, 1978; ID., R. JAKOBSON, *La linguistica e la scienza dell'uomo. Mito e significato*, Milano, 2011).

[35] Si pensi alle esigenze di distribuzione fra i componenti del gruppo del frutto della caccia o della raccolta, che dovevano necessariamente permettere la sopravvivenza anche dei componenti del gruppo non occupati nella caccia/raccolta, ma in altre attività egualmente necessarie (allevamento prole, custodia e protezione del fuoco e dell'insediamento, oltre naturalmente al sostentamento dei piccoli del gruppo): regole affidate alla mera logica del più forte si sarebbero in breve volgere di tempo rivelate disfunzionali alla sopravvivenza del gruppo e, alla fine, di tutti i suoi componenti.

disciplinati secondo criteri sempre necessariamente funzionali alla sopravvivenza del gruppo inteso come organizzazione sociale.

Esigenza di regolazione che sembra quindi costituire un *requisito strutturale* di qualunque organizzazione sociale, da quelle originarie di ampiezza minima a quelle attuali di dimensioni e complessità incomparabilmente maggiori: componente *strutturale* e altresì *eteronoma* rispetto ai singoli 'attori' (intesi come i portatori degli interessi individuali potenzialmente contrastanti).

Una brusca semplificazione si rende necessaria per passare al piano dei contenuti delle regole: se la semplice forma originaria della tribù permette di cogliere in poche basilari esigenze gli interessi meritevoli di presidio attraverso regole e, per conseguenza, di riconoscere una corrispondente linearità assiologica nel contenuto delle regole stesse[36], la complessità attuale, per dimensione, natura, estensione, differenze, tipologie e qualità degli interessi e delle interazioni, rende particolarmente ardua la fissazione delle regole e si riflette persino sulla individuazione degli interessi stessi (beni giuridici) da tutelare e sulla loro valutazione comparativa.

Ferma la notazione circa la funzionalità essenziale della regola alla sopravvivenza dell'organizzazione sociale, la determinazione degli interessi è condizionata da una molteplicità di fattori (economici, sociali, culturali) riassuntivi dei valori di cui è portatrice la *classe sociale* (per usare ancora la semplificata formula marxiana) storicamente prevalente in una data epoca.

Si è in precedenza osservato che, pur con profonde differenze, la conformazione del sistema economico largamente prevalente è di matrice capitalistica di mercato, in senso lato riconducibile all'avvento della borghesia come classe sociale dominante, che nei passaggi dell'età dei lumi, della rivoluzione industriale e dell'etica protestante trova i principali dei suoi elementi fondanti (anche sul piano ideologico e dei valori in senso lato culturali)[37].

Che nello sviluppo ormai plurisecolare di tale modello siano intervenute variazioni notevoli, alcune delle quali indotte anche da fenomeni sociali, culturali, politici di grande momento fortemente antagoniste rispetto a tale modello (il riferimento va, naturalmente, oltre che all'elaborazione del pensiero socialista, alle esperienze storiche del socialismo reale sovietico e a quella, per certi versi anomala, della Repubblica Popolare Cinese[38]), non ha mutato i riferimenti assiologici fondamentali, che tuttora sembrano accompagnare l'assetto socio-economico prevalente.

---

[36] La regola riguardante l'adeguata distribuzione del cibo proveniente dalla caccia/raccolta per la sua immediata funzionalità è facilmente percepita come regola efficiente e assiologicamente di facile condivisione.

[37] Quella del testo è un'evidente semplificazione, che vale a indicare in modo sintetico le matrici fondanti, fermo restando che già in epoca medioevale (si pensi ai mercanti e ai banchieri del XIII e del XIV secolo) sono perfettamente riconoscibili componenti socio-economiche tipiche dell'era della rivoluzione borghese (v. per tutti J. LE GOFF, *Mercanti e banchieri nel Medio Evo*, Messina-Firenze, 1976; ID., *Tempo della Chiesa e tempo del mercante*, Torino, 1977) e che, per altro verso, molteplici sono le varianti che da tali matrici si sono sviluppate.

[38] Una peculiarità significativa dell'assetto capitalistico della Federazione Russa o della Repubblica Popolare Cinese consiste nella constatazione che a tale modello si giunge non attraverso il passaggio per una

Se le regole e i loro contenuti riflettono, quasi per necessità, la '*cultura prevalente*', la doverosa considerazione dialettica dei valori di quelle che storicamente non hanno prevalso o di quelle che si trovano a occupare ambiti marginali potrebbe fornire elementi ulteriori per un migliore contemperamento degli interessi confliggenti e per una più attenta (e davvero inclusiva) identificazione dei beni meritevoli di tutela[39].

Né deve infine sfuggire che, al fondo della riflessione assiologica, sta il contenuto effettivo che si intende attribuire alle formule che designano i beni/valori da tutelare, oltre la facilità delle clausole linguistiche, oggetto di agevole veicolazione (e di altrettanto agevole distorsione) nella moderna civiltà della comunicazione pervasiva e dei suoi (sempre più potenti) strumenti di persuasione (più o meno occulta o dissimulata). A principiare da slogan, buoni per ogni contesto, come '*assicurare il più diffuso benessere*', rispetto al quale occorre domandarsi cosa si intende per *benessere*, a quali soggetti e a quali ambiti tale *diffusione* si riferisca, con quali *mezzi* e con quali *strumenti* il risultato si voglia perseguire.

5. Quali opzioni politico-criminali per la regolazione del rischio d'impresa?

Qualche considerazione, meno che cursoria e senza alcuna pretesa di approfondimento, per illustrare i profili critici ai quali si è immediatamente sopra cennato, avvertendo sin d'ora che tale illustrazione s'industrierà di mostrarne gli aspetti che si riflettono in maniera specifica sulla disciplina della responsabilità degli enti, manifesta essendo la portata generale – specialmente con riguardo al diritto penale economico – delle questioni sottese alle ricordate criticità.

Che alla ineffettività delle disposizioni a tutela di determinati beni giuridici corrisponda in modo pressoché univoco l'affievolimento della valenza dissuasiva del precetto e, conseguentemente, della componente conformativa recata dal precetto stesso è approdo sicuro della riflessione teorica[40], che trova riscontro anche nella dimensione empirica. Collocando la notazione nel diritto penale dell'economia, ove l'agire dell'impresa occupa ruolo e spazio assolutamente preponderanti, è agevole avvedersi della particolare *magnitudo* delle conseguenze perniciose della ricordata ineffettività, che, data l'architettura del d. lgs 231/2001[41], ne sconta una ulteriore.

---

rivoluzione borghese (né in questo senso può valere la breve esperienza della NEP). Notazione non dissimile vale anche per Paesi come l'India o altre esperienze del Far East.

[39] Torna qui la notazione di J. Stuart Mill, sulla maggioranza dovrebbe votare leggi che accetterebbe se fosse minoranza (per riferimenti, v. nota 30)

[40] Per tutti si vedano le conclusive notazioni di C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.; ID., *Il principio di effettività nel diritto penale*, Napoli, 2011.

[41] Sulla distorsione generata dalla ineffettività delle regole chiamate a disciplinare l'agire dei fattori che operano nel settore economico – e, fra questi, massimamente, delle imprese – è bastevole richiamare l'insegnamento di Cesare Pedrazzi che, fin da anni ormai lontani, rammentava come una normativa inadeguata e una applicazione incerta e frammentaria determinassero l'inaccettabile conseguenza di favorire gli imprenditori meno scrupolosi, quelli, cioè, pronti ad assumere il rischi della sanzione, a discapito di quelli invece rispettosi della legalità: ciò che, in ultima analisi, si risolve in una distorsione della

Premessi, da un lato, l'indubitabile coerenza intra-sistematica della non cogenza dell'adozione del modello organizzativo *ex* d. lgs 231/2001 (alla quale fa da contrappunto, da parte dell'ente, la scelta[42] – senza conseguenza sanzionatoria alcuna – di non conformarsi a parametri cautelari volti a proteggere i beni giuridici presidiati dai reati-presupposto[43]) e, dall'altro, il rilievo che, in maniera altrettanto coerente, la sanzione per l'ente è in concreto applicabile subordinatamente alla commissione del reato-presupposto, non può sfuggire la constatazione che per tal modo viene a crearsi una vasta area nella quale si assiste a un agire dell'ente-impresa al di fuori delle regole organizzative funzionali ad assicurare l'osservanza delle ulteriori regole cautelari poste a presidio dei beni giuridici tutelati dai reati-presupposto.

Se a cagione della smarrita effettività viene meno la portata conformatrice del precetto, che, considerando il d. lgs 231/2001 nel complesso, corrisponde nella sostanza ad una organizzazione orientata alla legalità, non sembra azzardato ipotizzare che la propensione alla legalità finirà con il dipendere in modo preponderante dalle retrostanti 'personali' convinzioni assiologiche del vertice aziendale (intesa la locuzione in senso ampio) oltre che, sebbene in misura più limitata, da quelle che presiedono alle concrete decisioni operative. Convinzioni assiologiche che si traducono in decisioni 'aziendali' attraverso una ineliminabile mediazione dialettica con le contingenze 'esterne', costituite non soltanto da quelle (fisiologicamente) contestuali alla decisione (ad esempio, la condizione finanziaria in cui versa l'impresa, la situazione di mercato, ecc.), ma anche con le influenze provenienti – direttamente o indirettamente – dai soggetti portatori di interessi variamente collegati all'ente e tuttavia non compiutamente sovrapponibili e identificabili con quelli dell'ente stesso, in sé considerato.

L'esigenza di non allontanarsi eccessivamente dal nucleo delle presenti notazioni suggerisce di limitare l'altrimenti opportuno approfondimento a qualche sintetica osservazione: la diversità degli assetti proprietari degli enti, la varietà tipologica, strutturale e dimensionale degli stessi, sono fattori destinati a incidere fortemente non soltanto sui meccanismi che guidano le scelte operative in materia di organizzazione, ma anche sulla relativa componente assiologica.

Breve: la differenza che intercorre tra un'impresa di piccole dimensioni, quand'anche nella forma di società di capitali, a base ristrettissima (in genere familiare)

---

concorrenza, paradossalmente innescata dalla (inappropriata) struttura dell'assetto normativo e dall'inefficiente momento attuativo (sia nella fase dei controlli preventivi sia in quella più schiettamente repressiva). Sul punto, v. C. PEDRAZZI, *Droit Communautaire et droit pénal des Etats Membres*, in Aa.Vv., *Droit Communautaire et droit pénal. Colloque du 25 octobre 1979*, Milano, 1981, 49, ora in C. PEDRAZZI., *Diritto penale*, I, *Scritti di parte generale*, Milano, 2003, 417.

[42] Sul piano che qui interessa, irrilevanti le ragioni della scelta di non adeguamento: che esse consistano nella generica sottostima delle conseguenze, ovvero in una altrettanto generica trascuratezza in ordine al superiore principio di "rispettare la legge", o che dipendano da motivi economici o addirittura da una deliberata decisione di 'risparmiare costi' speculando sulla ridotta probabilità di subire conseguenze sanzionatorie, o da qualunque altra non commendevole ragione, l'effetto che ne deriva si risolve in un affievolimento dei presidi capaci di fronteggiare i pericoli di esposizione a offesa di beni giuridici di primario livello.

[43] Sarebbe irrazionale ed economicamente insensato sopportare i costi necessari per conformare l'ente secondo il paradigma del d. lgs 231/2001 e poi non provvedere alla sua formale adozione.

e una di mole enorme, ad azionariato autenticamente diffuso, si riflette immediatamente non soltanto sulle dinamiche decisionali, ma anche sulla autonomia delle stesse dagli interessi (potenzialmente egoistici) dei soci, non necessariamente sovrapponibili (e, per certo, non identici) a quelli dell'ente inteso nella sua obiettività istituzionale[44]. Detto che fra i due estremi dell'elementare semplificazione si colloca una smisurata quantità di situazioni, per così dire, intermedie, rispetto al profilo d'interesse un tratto significativo sembra potersi cogliere in forma sintetica: la *distanza* fra i soggetti, ai quali è affidata (formalmente e sostanzialmente) la gestione dell'ente, e coloro che dell'ente hanno il controllo sul piano economico (volendo: che ne sono i beneficiari/titolari ultimi) ha ruolo e portata condizionanti.

La genericità del termine *distanza* richiede una pur sommaria precisazione: a venire in gioco non è soltanto la tipologia del rapporto (comunque di grande rilievo) che intercorre – per esemplificare – tra amministratore e azionista di maggioranza, ma anche quello che finisce con l'instaurarsi fra l'amministratore stesso e il variegato campionario di soggetti riportabile alla categoria degli *stakeholders*, fermo restando che al sommo di tutto sta (dovrebbe stare) il canone che vincola unicamente all'interesse della società come tale l'obbligo di fedeltà dell'amministratore. Obbligo di fedeltà che sconta – superfluo ricordarlo – quale presupposto indefettibile il rispetto della legge.

Se l'ineffettività di cui s'è detto porta all'anomia interna all'ente (intesa come non conformazione dell'organizzazione dell'ente stesso secondo il modello del d. lgs 231/2001), non sembra avventato assumere che l'amministratore non soltanto non disporrà di un efficiente parametro per l'orientamento delle scelte, il controllo delle stesse e della loro attuazione sul versante del rispetto della legalità, ma sarà altresì privo di un ulteriore valido 'argomento' per fronteggiare 'pressioni' (indebite, ma nella prassi tutt'altro che inesistenti) indirizzate a privilegiare interessi egoistici, distonici con quello sociale e confliggenti – anche soltanto per ciò – con il rispetto della legge.

In uno scenario siffatto è agevole vedere materializzarsi la notazione secondo la quale a trarne vantaggio sono gli imprenditori meno scrupolosi, maggiormente disposti ad assumersi il rischio della sanzione[45]. A danno immediato di quelli, pur in maggioranza, inclini alla legalità e non alla penombra[46], con nocumento indiretto, ma non meno grave, alla concorrenza.

Per tal modo l'ineffettività genera uno squilibrio peculiare con riguardo a quanto persegue il d. lgs 231/2001, affidando – come s'è anticipato – a scelte legate alla

---

[44] Il riferimento corre ovviamente alla impostazione di Rathenau (in particolare, W. RATHENAU, *La realtà della società per azioni*, cit.), nonché alla replica dello stesso Rathenau agli azionisti della Norddeutscher Lloyd, i quali, essendosi lamentati di non aver conseguito gli utili sperati dal loro investimento azionario, si sentirono rispondere che: "la società non esiste per distribuire dividendi a lorsignori, ma per far andare i battelli sul Reno": l'episodio è efficacemente narrato nel celebre saggio di A. ASQUINI, *I battelli del Reno*, *Riv. soc.*, 1959, 614.

[45] V. C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, I, *Scritti di parte generale*, cit., 441.

[46] In questo senso v. C. PEDRAZZI, *In memoria del "falso in bilancio"*, in *Riv. soc.*, 2001, 1371, adesso in ID., *Diritto penale*, III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 845.

propensione individuale e soggettiva alla legalità la decisione di organizzare l'ente secondo un modello virtuoso[47].

Prima di considerare l'altro profilo critico poc'anzi menzionato, una osservazione all'apparenza (forse) eccentrica: la già notata variegata e profonda diversità strutturale e dimensionale degli enti assoggettati alla disciplina della responsabilità diretta *ex* d. lgs 231/2001, anche in considerazione delle notazioni svolte a proposito delle conseguenze della ineffettività, suggerisce fortemente una revisione dell'assetto normativo, tale da adeguare l'organizzazione richiesta all'ente in modo compatibile con la struttura e la dimensione dello stesso[48]. Un paradigma sostanzialmente unico, in ipotesi valevole tanto per l'impresa di grandi dimensioni ad azionariato diffuso quanto per quella poco più che artigiana a base familiare, sortisce effetti paradossali, destinati a fomentare, sotto altri aspetti, l'ineffettività (nella forma della pura e semplice non adozione del modello organizzativo o, sempre per esemplificare, in quella di una sua adozione meramente formale e 'cartacea').

Che la portata dissuasiva della comminatoria di una sanzione dipenda non già dall'entità della minaccia edittale quanto invece, e in misura largamente preponderante, dall'effettività della disposizione sanzionatoria, è nozione incontroversa, storicamente risalente alle riflessioni fondative del diritto penale moderno[49], sicché potrebbe apparire superfluo anche soltanto il presente richiamo, tanto più che alcune delle notazioni in precedenza svolte a proposito della ineffettività e delle sue conseguenze valgono anche in quest'ambito.

E nella prospettiva qui d'interesse neppure rileva approfondire un dato noto e da tempo oggetto di riflessione[50]: il concreto riscontro applicativo delle previsioni sanzionatorie del d. lgs 231/2001, quantitativamente marginale e limitato, oltre che sporadico quanto a distribuzione 'geografica'. Dato che pure segna in modo del tutto peculiare il tema della effettività in relazione alla disciplina della responsabilità diretta degli enti.

---

[47] Per una lucida analisi dei profili critici del sistema 231/2001, v. per tutti, C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, *Dir. pen. e proc.*, 2019, 530.

[48] Si veda in proposito e per tutti, il saggio introduttivo di F. CENTONZE e S. MANACORDA, *«Il circolo virtuoso» della regolazione e l'evoluzione del d. lgs 231/2001*, in AA.VV. *Verso una riforma della responsabilità degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, a cura di F. Centonze e S. Manacorda, Bologna, 2023, 9, nonché l'intera parte prima del citato volume *Rilevazioni empiriche, prospettive sociologiche e analisi economica del sistema della responsabilità da reato degli enti*. Più in generale, si veda V. MONGILLO, *Ai confini della responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001. La sfida della compliance penale negli enti imprenditoriali di piccole dimensioni*, *LP*, 5.7.2023.

[49] E' noto che la questione fu posta da C. Beccaria, Dei delitti e delle pene, pubblicato a Livorno nel 1764. Sul punto, si vedano oggi le conclusive riflessioni di C.E. PALIERO, *Il principio di effettività*, cit.; ID., *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit..

[50] Si rinvia ai lavori indicati a nota 48.

5.1. Una peculiarità (critica) del d. lgs 231/2001.

Oltre le considerazioni appena sopra richiamate, ben rilevanti sul piano della effettività della disciplina in discorso còlta in termini generali, preme invece una notazione che sembra collegare problematicamente al tema della effettività la struttura stessa del d. lgs 231/2001 e, più precisamente, il condizionamento della concreta applicabilità delle sue previsioni alla commissione del reato-presupposto. Siffatto vincolo può infatti essere qualificato come limite (estrinseco) alla effettività del precetto generale recato dal d. lgs 231/2001, consistente nella conformazione dell'ente secondo i parametri fissati dallo stesso *corpus* normativo, intesi a tutelare i beni giuridici (di primario rilievo) presidiati dai reati-presupposto.

Se le sanzioni astrattamente minacciate dagli illeciti amministrativi contemplati nel d. lgs 231/2001 possono divenire effettive soltanto al perfezionarsi di un reato-presupposto (*rectius*: al suo accertamento giudiziale, fatta salva l'eventualità prevista dall'art. 8 d. lgs cit.[51]), la forza deterrente della comminatoria subisce un intrinseco indebolimento. La violazione del precetto rivolto all'ente (sinteticamente: organizzarsi secondo i parametri normativamente prescritti) vede infatti la sua sanzione dipendere da una circostanza (la commissione del reato-presupposto) non correlata a ciascuna violazione del precetto in modo diretto e sistematico, bensì in forma stocastica.

5.1.1. I limiti del vigente assetto di responsabilità dell'ente *ex* d. lgs 231/2001.

Il carattere aleatorio della relazione *violazione del precetto → applicazione della sanzione*, cui s'accompagna la già segnalata sporadicità della reazione repressiva in termini quantitativi, merita una riflessione ulteriore per la peculiare rilevanza che sembra assumere nel contesto.

---

[51] Ponendo l'art. 8 d. lgs 231/2001 il canone dell'autonoma responsabilità dell'ente, accertabile anche «anche quando: a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia», si apre la possibilità di ipotizzare una responsabilità dell'ente in assenza dell'accertamento – anche incidentale – circa la sussistenza del reato, posto che alla circostanza dell'essere ignoto l'autore del reato, corrisponde sul piano logico l'impossibilità di apprezzare in alcun modo la sussistenza della colpevolezza (e, in particolare, dell'estremo dell'elemento psicologico), estremo costitutivo del reato. Sulla questione, partendo dalle fondamentali riflessioni di C.E. PALIERO, *La società punita: del* come, *del* perché, *e del* per cosa, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516, si vedano M. BARTOLUCCI, *L'art. 8 d.l.gs 231/01 nel triangolo di Penrose*, *Dir. pen. cont.*, 9.1.2017; M. BELLACOSA, *Autonomia delle responsabilità dell'ente*, in *Il 231 nella dottrina e nella giurisprudenza*, Commentario diretto da M. Levis e A. Perini, Torino, 2021; F. CONSULICH, *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8*, *Riv. 231*, 4, 2018, 197; ID., *Punibilità di organizzazione. Possibilità e limiti dell'astensione dalla punizione per l'ente colpevole*, *Riv. 231*, 4, 2020, 249; F. D'ARCANGELO, *La responsabilità dell'ente per reato commesso da autore ignoto*, *Riv. 231*, 2017, 21; ID., *Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente*, in *La responsabilità degli enti ex d. lgs 231/2001 tra diritto e processo* a cura di D. Piva, Torino, 2021, 308; G. DE SIMONE, *Autonomia delle responsabilità dell'ente, in Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Commentario a cura di D. Castronuovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri, G. Varraso, Milano, 2019, 336; A. ORSINA, *L'autonomia della responsabilità degli enti tra pragmatismo e garanzie*, *Dir. pen. proc.*, 2017, 935.

La componente meramente casuale del cruciale rapporto *violazione del precetto → applicazione della sanzione* non dipende soltanto da fattori 'esterni' alla struttura normativa che regola la materia, bensì dalla stessa configurazione della normativa in discorso. In un qualunque sistema disciplinato da regole giuridiche, che prevedano precetti la cui inosservanza è punita, alla violazione consegue in modo diretto la sanzione e il disallineamento che si registra in concreto tra violazioni commesse e sanzioni irrogate trova la propria spiegazione in una molteplicità di fattori di natura variegata e complessa, ma che comunque non hanno a che vedere con l'assetto strutturale del sistema di disciplina.

Se, per vero, una inappropriata redazione della disposizione che detta il precetto può – per esemplificare – spiegare effetti sulla concreta applicabilità della disposizione medesima (e quindi entrare tra i fattori che incidono sull'efficienza del rapporto *violazione del precetto → applicazione della sanzione* e, ulteriormente, sull'effettività del sistema), il carattere patologico di siffatta eventualità esclude che la stessa possa essere qualificata come strutturale e intrinseca al sistema di disciplina stesso.

Diversamente avviene, come s'è anticipato, nel caso del d. lgs 231/2001, dove il rapporto tra violazione del precetto e applicazione della sanzione, che dovrebbe essere altrimenti diretto, è invece mediato da una circostanza esterna (la commissione del reato-presupposto), la cui relazione con la inosservanza del precetto (conformazione dell'ente secondo il modello normativamente tipizzato) si presenta in forma meramente stocastica e comunque indiretta.

Tale segnalata singolarità che, come s'è mostrato, dipende dall'assetto strutturale del d. lgs 231/2001, sembra portare a conseguenze estreme una situazione che si osserva nei reati colposi di evento e che può essere sinteticamente espressa con la formula, senz'altro poco forbita, dell'*inosservante fortunato*.

Si pensi all'automobilista che attraversa con il rosso un incrocio e soltanto per una coincidenza fortuita non investe il pedone che percorreva quel tratto di strada, ovvero alla persona che, avendo sistemato sullo stretto davanzale della finestra un pesante vaso di fiori senza alcuna protezione, vede cadere quel vaso a pochi centimetri da un ignaro (e fortunato) passante. In entrambi i casi si è al cospetto di un comportamento gravemente colposo, che ha in concreto determinato un pericolo attuale (di notevole entità) per beni primari (vita e incolumità), comportamento che rimane tuttavia sfornito di sanzione penale a cagione della struttura delle norme sanzionatorie che presidiano tali beni (noto essendo che i delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p., integrando reati colposi di evento, non sussistono se l'evento – elemento di fattispecie – non si verifica).
Nei due esempi prospettati il comportamento in sé inosservante della regola cautelare trova in un caso – quello dell'automobilista – una specifica sanzione (quella contemplata dall'art. 146 cod. strad.), mentre nell'altro – quello del vaso di fiori – esso rimane del tutto sfornito di presidi punitivi.

Detto che le differenti discipline, alle quali sono soggette le due inosservanze alle pertinenti regole cautelari (inosservanze che, si badi, generano un tipo di pericolo di natura identica per i medesimi beni giuridici), dipendono e sono comunque giustificate dalla ben diversa probabilità che l'evento avverso accada nelle due ipotesi congetturate (in altri termini: la probabilità del pericolo intesa come coefficiente statistico di

verificazione dell'evento), un siffatto assetto riesce pienamente compatibile con le esigenze di tutela presidiate dal diritto penale, tradizionalmente inteso nel suo concernere la responsabilità della persona fisica.

Se si ha riguardo alla 'capacità' di generare situazioni idonee a esporre a pericolo beni di primario rilievo, non sembra dubitabile la conclusione che l'agire dell'individuo esprima un grado di pericolosità decisamente inferiore a quello derivante dall'attività d'impresa: e ciò considerando sia l'aspetto quantitativo (numerosità dei rischi, dimensione dei loro effetti, coefficiente probabilistico di verificazione, ecc.) sia l'aspetto qualitativo (dato dall'associazione dei profili quantitativi con le differenti – anche per rilevanza – tipologie dei beni giuridici esposti a pericolo).

Con altre parole e da un punto di vista differente, riprendendo la metafora dell'*inosservante fortunato* (persona fisica), se per quest'ultimo, posta la minore 'rischiosità' del suo agire rispetto ai parametri indicati, il condizionamento della reazione sanzionatoria di massimo livello al verificarsi dell'evento si presenta come punto di ragionevole equilibrio (anche in ragione della natura di *extrema ratio* tipica del diritto penale), occorre domandarsi se identica conclusione valga anche con riguardo all'attività d'impresa.

Rammentato che l'assunzione di rischi è coessenziale allo *status* stesso dell'impresa, rappresentandone in un certo senso requisito essenziale e distintivo[52], il

---

[52] In questo senso si può far esemplar riferimento al pensiero di J.A. Schumpeter, che – come è stato efficacemente notato (G. SABATTINI, *L'evoluzione del capitalismo*, *Mondoperaio*, 8-9/2016, 46) – «ha individuato nell'imprenditore la figura centrale del capitalismo, orientata ad introdurre costantemente nel sistema produttivo innovazioni rivoluzionarie, sufficienti a consentire alle attività produttive innovative il conseguimento del profitto come esito della riorganizzazione dei fattori produttivi impiegati, resa possibile dal credito bancario. Per questo motivo, secondo Schumpeter, il "motore del capitalismo" non poteva che essere individuato nel "meccanismi del credito e del sistema monetario che lo caratterizzavano"; era l'accesso al credito ad alimentare l'evoluzione del capitalismo, con tutte le problematiche che tale evoluzione comportava, quali soprattutto quelle rappresentate dall'infittirsi delle ricorrenti fluttuazioni cicliche dei sistemi economici ad economia di mercato». Al di là della notazione sulla componente legata all'apporto delle banche finanziatrici e della 'burocratizzazione' del capitalismo monopolistico, J.A. Schumpeter coglie nella *distruzione creatrice* la componente dinamica dell'economia borghese, che ha distrutto i vecchi modi di produrre e di pensare, promuovendo lo sviluppo, ma che, al contempo, ha distrutto anche i valori tipici dell'*ancien régime*, supporto alla stabilità (v. J. A. SCHUMPETER, *Storia dell'analisi economica*, Torino, 1990; ID., *Teoria dello sviluppo economico*, Milano, 2002; ID., *Il capitalismo può sopravvivere? La distruzione creatrice e il futuro dell'economia globale*, Milano, 2010. Nella vasta letteratura che affronta il tema del rischio nella prospettiva del diritto penale, si vedano, partendo dalle ormai classiche notazioni generali di U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, F. CONSULICH, *Rischio consentito*, in *ED – I tematici, II, Reato colposo*, dir. da M. Donini, Milano, 2021, 1002; F. CONSULICH, *Organizzazione e imputazione per colpa*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, cit., 663; F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute nel diritto penale*, Milano, 2012; M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006; A. GARGANI, *Il danno qualificato dal pericolo*, Torino, 2005; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988; A. ORSINA, *Rischio da incertezze scientifiche e modelli di tutela penale*, Torino, 2015; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010; EAD., *Pericolo e colpa*, in *ED – I tematici, II, Reato colposo*, cit., 2021, 917; C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1473; ID., *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, ivi, 2005, 1684; C. VALBONESI, *Prima tipicità della condotta colposa nelle attività rischiose lecite*, Napoli, 2023; P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva*

problema si sposta immediatamente sulla determinazione del rischio accettabile secondo criteri razionali[53], tema al quale non sono certo estranei profili assiologici, aspetto del quale si è già detto – sebbene da altro punto di vista – nella prima parte del presente lavoro, alla quale, per quanto ora interessa, si rimanda.

La superiore notazione, per la quale alla maggiore rischiosità dell'agire dell'impresa rispetto ai beni primari in discorso dovrebbe corrispondere un assetto regolatorio non mediato (sul versante dell'applicazione della sanzione) dal verificarsi del reato-presupposto, si presta d'acchito a una prima obiezione.

Si potrebbe infatti osservare che i beni giuridici presidiati dai reati-presupposto (*id est*: esposti a pericolo, ovvero lesi dalle condotte tipiche descritte in quelle fattispecie) corrispondono ai beni primari di cui si dice, sicché, seppur distanziato e mediato, lo scopo di tutela affidato al precetto (organizzare l'ente secondo un modello virtuoso) sarebbe per tal modo egualmente perseguito.

Sempre in quest'ottica si potrebbe inoltre rilevare che il collegamento al reato-presupposto spiega la propria funzionalità anche di fronte al canone dell'*extrema ratio*

---

delle fattispecie colpose causalmente orientate, Padova, 2003. L'assunzione di rischi, coessenziale all'attività d'impresa, trova poi nella disposizione dell'art. 217 n. 2 l. fall. un riscontro specialmente significativo per la peculiare portata della disposizione stessa riferibile all'attività d'impresa còlta come fattore economico, prescindendo quindi dalla tipologia dell'attività svolta. E' stato infatti autorevolmente notato (C. Pedrazzi, *Reati commessi dal fallito – reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna, 1995, ora in C. Pedrazzi, *Diritto penale, Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Milano, 2003, 609, 610, 613, 615) che tale disposizione «ci guida a intendere l'essenza della bancarotta, in quanto fissa l'attenzione su un aspetto indefettibile dell'attività d'impresa, rovescio dell'aspettativa di lucro: il rischio, che non si potrebbe criminalizzare senza criminalizzare l'impresa stessa. Il limite della rilevanza penale è scolpito (…) in duplice senso: in quanto se ne ricava che penalmente censurabile è solo un rischio ben qualificato, che si traduce in operazioni decisamente indifendibili; e in quanto il livello della rilevanza penale resta definitivamente fissato nella bancarotta semplice». Se «le operazioni di pura sorte [che qui non interessano, n.d.r.] sono quelle il cui esito dipende essenzialmente da eventi che sfuggono non soltanto al dominio, ma anche alla previsione del soggetto (…) le operazioni manifestamente imprudenti sono tali in ragione dei rischi che comportano. E poiché l'accettazione del rischio appartiene allo status dell'imprenditore, che non può fare a meno di affidarsi a fattori in parte ingovernabili, già la semplice qualificazione di imprudenza denota un eccesso di rischio. Non esiste una soglia costante di rischio il cui superamento equivalga ipso facto a imprudenza: la disciplina giuridica non può ignorare la realtà economica, nella quale i rischi non sono distribuiti uniformemente (…). La valutazione di imprudenza è quindi eminentemente relativa, risentendo di numerose variabili. Si dovranno scrupolosamente evitare le insidie del senno del poi: l'ottica della prognosi è la sola corretta. L'estrema delicatezza della valutazione ha indotto il legislatore a limitare la repressione all'imprudenza manifesta: al fine evidente di lasciare il dovuto respiro all'iniziativa economica, in tutte le sue varianti, e di alleviare il compito del giudicante. Un'imprudenza è manifesta quando si evidenzia al di là di ogni ragionevole dubbio (…). Il legislatore ha così inteso oggettivare l'imprudenza, pur nella sua relatività: siamo in presenza di una connotazione oggettiva della condotta, a monte della componente psicologica». La conclusione è illuminante: «dalla fattispecie scaturisce una ragionevole regola di condotta: all'imprenditore non sono soltanto consentiti i rischi normalmente insiti nell'attività economica (con l'inevitabile relatività della "norma"); è consentita anche l'assunzione di rischi esorbitanti, ma a patto che non venga messa a repentaglio una notevole parte del patrimonio (vale a dire l'integrità della garanzia). La potenzialità lesiva di ciascuna operazione andrà naturalmente misurata in concreto, considerando la situazione patrimoniale del momento e la sua prevedibile dinamica».

[53] Sulla questione, v. per tutti da ultimo F. CONSULICH, *Rischio consentito*, cit., 1002 anche per l'amplia bibliografia ivi citata.

che presiede (dovrebbe presiedere) al ricorso alla sanzione penale. Ben si può assumere infatti che le sanzioni previste dal d. lgs 231/2001 tale natura abbiano, posto che le stesse paiono essere comunque le massime in astratto ipotizzabili in relazione al soggetto che ne è destinatario[54]. Non dimenticando che, al di là della loro nominalistica qualificazione come 'amministrative', tali sanzioni paiono rientrare a pieno titolo nell'ambito della *matière pénale*, secondo l'accezione di tale nozione ormai comunemente accolta[55].

Obiezioni senz'altro pertinenti, che tuttavia non sembrano bastevoli a confutare la notazione concernente la maggiore rischiosità dell'agire dell'impresa e le implicazioni che se ne dovrebbero trarre sul piano della disciplina.

A venire in considerazione non è infatti la tipologia dei beni tutelati (tutti indiscutibilmente di primario livello, ciò che è di per sé sufficiente a giustificare il presidio 'penale' come *extrema ratio*) quanto la peculiare forma di manifestazione delle modalità di aggressione. O forse, e con maggiore precisione, la dimensione del momento aggressivo sia sotto il profilo della numerosità sia sotto quello della diffusione, caratteristiche, queste ultime (numerosità e diffusione), strutturalmente dipendenti dall'attività delle imprese, che costituiscono l'ammagliatura (bensì necessaria, ma tuttavia pervasiva) della società capitalista di mercato. Sicché è a tale aspetto dimensionale che sembra opportuno avere riguardo: il *quid pluris* rappresentato dalla pericolosità, intrinseca alla diffusione e alla numerosità del rischio associato all'attività d'impresa, quando non adeguatamente controllato, suggerisce che il mancato rispetto dell'esigenza prima e fondamentale di conformare l'attività dell'impresa secondo canoni funzionali all'osservanza della legge (*id est*: alla tutela dei beni primari) debba essere presidiato da una sanzione applicabile non via mediata, bensì 'direttamente'.

In questo senso il sistema edificato dal d. lgs 231/2001 riesce coerente con l'esigenza di fornire il precetto consistente con lo scopo di tutela, in quanto tale precetto prescrive – in sostanza estrema – una organizzazione dell'ente secondo parametri che assicurano in via tendenziale il rispetto dei beni primari.

Ma non altrettanto sembra potersi affermare sul piano della coerenza punitiva: come si è ripetutamente osservato, la sanzione per l'inosservanza del precetto non consegue immediatamente alla violazione, rimanendo – per così dire –

---

[54] Prescindendo da valutazioni sulla entità delle sanzioni contemplate dal d. lgs 231/2001, non sembra dubitabile che – soprattutto con riferimento a quelle di natura interdittiva – esse raggiungano il grado massimo di afflittività in relazione alla tipologia del soggetto che le subisce.

[55] In sintesi estrema, per *matière pénale* secondo le Corti europee si intende una comminatoria di portata afflittivo/intimidativa, con funzione di prevenzione generale o speciale, indipendentemente dalle variabili nominalistiche impresse da ciascun ordinamento: perciò fattispecie descrittive di figure d'illecito, alle quali acceda una pena intrinsecamente caratterizzata in tal modo, dovranno essere riguardate come illeciti *penali* Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi; Corte EDU, Grande Camera, 21 febbraio 1984, Özturk c. Germania. In proposito si vedano C.E. PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica e una svolta radicale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 894; R. BARTOLI, *Legalità europea* versus *legalità nazionale? Un tentativo di possibile integrazione*, in *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali*, a cura di C.E. Paliero, S. Moccia, G.A. De Francesco, G. Insolera, M. Pelissero, R. Rampioni, L. Risicato, Napoli, 2016, 269; F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs legalità 'convenzionale*, *Dir. pen. cont.*, 5.4. 2017.

sospesa/subordinata fino all'eventuale verificarsi di una circostanza estrinseca (la commissione del reato-presupposto).

5.1.2. Libertà d'iniziativa economica e rischio penale: *excursus* sulla disciplina della crisi di impresa.

Un'altra obiezione al suggerimento di modificare l'assetto normativo in modo da rendere immediatamente punibile la violazione del precetto cautelare espresso da d. lgs 231/2001 sembra avere carattere diverso da quella esaminata in precedenza, coinvolgendo la stessa più ampie opzioni legislative o, volendo dare alle cose il loro nome, concernendo il rapporto fra il potere politico (inteso come il soggetto chiamato in ultima istanza ad assumere le scelte di organizzazione e regolazione della società) e i vari attori (fra i quali quelli che operano nel settore dell'attività d'impresa) che la società stessa costituiscono. Al di là di questa schematica e brusca semplificazione, sta il complesso universo delle relazioni reciproche fra tali ambiti, il sistema dei valori comunemente condivisi e di quelli, invece, in rapporto dialettico, nonché delle mediazioni 'tecniche' per tradurre le opzioni assiologiche in regole efficienti sul piano normativo. Universo del quale non è qui possibile azzardare neppure il principio di una esplorazione, ma che costituisce lo sfondo necessario e ineliminabile nel quale si colloca la seconda obiezione, che ora conviene precisare.

La notazione dalla quale muovere consiste nel rilevare che l'assetto del d. lgs 231/2001, subordinando il momento applicativo della sanzione al verificarsi di una circostanza estrinseca (e comunque eziologicamente irrelata) alla violazione del precetto, evoca in modo trasparentemente riconoscibile lo sperimentato schema dei delitti di bancarotta fraudolenta pre-fallimentare (ora: pre-liquidatoria), nei quali – come ognun sa – la punibilità (la maggior punibilità) delle condotte tipizzate dalle norme incriminatrici interviene soltanto successivamente alla dichiarazione giudiziale d'insolvenza (o, comunque, *ex* art. 341 CCI – come in precedenza, sotto la vigenza dell'art. 236 l.fall. – al verificarsi di situazioni che il legislatore equipara, funzionalmente e a tale fine, alla liquidazione giudiziale o, per la previgente disciplina, alla sentenza dichiarativa di fallimento).

Nella prospettiva d'interesse conviene osservare come anche la (maggior) punibilità delle condotte pericolose descritte nelle incriminazioni di bancarotta (alcune delle quali costitutive di autonomi reati, già perfetti e punibili[56]) rimanga sospesa/subordinata al verificarsi del fatto condizionante (la sentenza di liquidazione giudiziale ovvero le situazioni equiparate), eventualità futura ed estrinseca e comunque non causalmente implicata dalle condotte proscritte[57].

---

[56] Si pensi, per una esemplificazione evidente quanto immediata, a comportamenti appropriativo/distrattivi degli amministratori sui beni sociali: condotte che integrano – a seconda del contesto – i reati di appropriazione indebita aggravata o di infedeltà patrimoniale, punibili prima e indipendentemente da una eventuale successiva dichiarazione d'insolvenza della società.

[57] "Nessun nesso causale è richiesto tra i fatti di bancarotta e il fallimento, inteso non solo come atto di

Prescindendo da ogni considerazione sull'inquadramento analitico e dogmatico della dichiarazione d'insolvenza nei reati di bancarotta pre-fallimentare/pre-liquidatoria, anche in rapporto alla 'giustificazione' della punibilità (maggior punibilità) postuma dei comportamenti vietati[58], sembra opportuno richiamare la notazione della più autorevole dottrina[59] in ordine alla scelta di politica criminale sottesa all'opzione normativa in discorso, opzione legislativa mantenuta anche dopo la radicale modifica della disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza intervenuta con l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (in parte anticipata con le riforme del 2005).

Ridotta alla sintesi massima, la notazione in parola[60] coglieva nell'esigenza di mantenere la gestione dell'impresa impermeabile a interventi esterni fino a quando la stessa manifesta la sua vitalità, coerentemente con una visione di matrice liberista, che affida all'imprenditore (individuale o collettivo) la piena titolarità (e la inerente responsabilità) delle scelte e delle conseguenti decisioni operative, fermo restando che tale piena titolarità trova comunque i limiti fissati dalla 'legge' (inteso il termine in senso ampio per comprendere anche le fonti sub-legislative e la c.d. *soft law*).

Al venir meno dell'organismo vitale (decretato dall'insolvenza giudizialmente dichiarata) corrispondentemente svanisce l'esigenza di non interferire con la gestione dell'impresa. Nella prospettiva liquidatoria del patrimonio dell'impresa per la soddisfazione concorsuale dei creditori si riassumeva e si esauriva lo scopo

---

giurisdizione, ma anche, sotto il profilo sostanziale, come insolvenza giudizialmente accertata. Nessun 'crescendo' sul piano della lesività (tantomeno un'omologazione a posteriori) visto che l'insolvenza può esplodere per tutt'altre cause, magari le più imprevedibili": così C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 898, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 1013.

[58] Il tema è quello legato alla qualificazione e alla funzione della sentenza liquidazione giudiziale. Come noto, la sentenza dichiarativa del fallimento (cui corrisponde con il CCI la dichiarazione giudiziale d'insolvenza) era stata considerata dalla giurisprudenza di legittimità elemento costitutivo ancorché anomalo o condizione di esistenza nei reati di bancarotta pre-fallimentare a partire da Cass. pen., Sez. Un., 25 gennaio 1958, ric. Mezzo, in *Giust. pen.*, 1958, II, 513: tesi ampiamente contrastata in dottrina (da ultimo, scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione v. F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2015, 390 ss.. Successivamente il Giudice della legge sembra aver mutato indirizzo, riconoscendo a tale sentenza il ruolo di condizione obiettiva di punibilità: v. Cass. pen., Sez. V, 8 febbraio - 22 marzo 2017, n. 13910, in proposito, volendo, F. MUCCIARELLI, *Una rivoluzione riformatrice della Cassazione: la dichiarazione giudiziale d'insolvenza è condizione obiettiva di punibilità della bancarotta pre-fallimentare*, *Le Società*, 7/2017, 897.

[59] Il riferimento è a C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa*, 2ª ed. agg., Bologna, 1998, 108 nonché C. PEDRAZZI, *Art. 216*, in C. Pedrazzi – F. Sgubbi, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216 – 227*, in *Commentario Scialoja-Branca, Legge fallimentare*, a cura di F. Galgano, Bologna – Roma, 1995, 220, ora anche in C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, IV, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 443.

[60] E' stato così scritto: «un diffuso sindacato penalistico potrebbe portare a un tracollo un'impresa ancora in vita, con esiti negativi per l'economia e gli stessi creditori. Ogni remora viene meno quando il fallimento registra il decesso dell'organismo produttivo» (C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 108) e ancora: «una repressione automatica poco gioverebbe agli stessi creditori: finché la crisi non si dimostri irreversibile essi potranno contare su di una ripresa che consenta un soddisfacimento integrale» (C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 443).

dell'intervento esterno, mentre l'ambito penale (semplificando: l'applicabilità delle figure di bancarotta e degli altri reati fallimentari) trovava la sua ragion d'essere nel rilievo – fondamentale, ma non sempre còlto e tenuto presente – che la libertà di gestione dell'imprenditore (individuale o collettivo) è, in ogni momento della vita dell'impresa, subordinata al rispetto – in principalità – dell'integrità del patrimonio dell'impresa stessa nella sua funzione di garanzia (in senso generico) del ceto creditorio, nonché delle altre regole che la legge fissa in materia.

Se è ben difficile non concordare con la immediatamente superiore notazione, che trae origine dall'insegnamento di Cesare Pedrazzi[61], qui in modo approssimato riassunta, si tratta di verificare se essa valga anche al cospetto della profondamente rinnovata disciplina introdotta con il CCI.

Non v'è dubbio che, già a partire dagli interventi settoriali del 2005, il legislatore abbia iniziato un progressivo abbandono della visione sostanzialmente attestata sul binomio, privo di sfumature, *insolvenza/non insolvenza*, al quale corrispondeva il passaggio ulteriore implicante l'espulsione dell'impresa dal mercato (con la conseguente applicabilità della inerente disciplina penale) al verificarsi dell'insolvenza giudizialmente accertata con la sentenza dichiarativa del fallimento.

Tale progressivo abbandono giunge al suo compimento con il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, inteso – con una sintesi estrema – a prevenire nel massimo grado l'esito dell'insolvenza, sul riflesso che l'impresa – fattore produttivo cruciale nell'economia capitalista di mercato – deve essere preservata: a tal fine viene introdotta una serie di presidi e di strumenti (per la massima parte di natura privatistica) funzionali alla gestione delle fasi critiche della crisi e dell'insolvenza nella prospettiva del loro superamento e della conservazione dell'impresa (o di porzioni d'essa). Presidi e strumenti che, pur accompagnati dalla previsione di un generale obbligo di adeguamento dettato dall'art. 3 CCI e dall'art. 2086 c.c.[62], non sono tuttavia singolarmente assistiti da una previsione di obbligatorietà.

Se è indubitabile il senso della scelta legislativa che informa la nuova disciplina della crisi e dell'insolvenza, volta – come detto – a preservare l'impresa come fattore produttivo attraverso un sistema di rilevazione e di gestione tale da rendere residuale l'esito dell'insolvenza irreversibile (situazione nella quale l'impresa ha perduto in modo

---

[61] Si veda il riferimento alla precedente nota 52.

[62] N. ABRIANI – A. ROSSI, *Nuova disciplina delle crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, *Società*, 2019, 393; E. BARCELLONA, *Business judgment rule e interesse sociale nella crisi. L'adeguatezza degli assetti organizzativi alla luce della riforma del diritto concorsuale*, Milano, 2020; A. BARTALENA, *Assetti organizzativi e business judgment rule*, *Società*, 2020, 1351; L. BENEDETTI, *L'applicazione della business judgment rule alle decisioni organizzative: spunti giurisprudenziali*, *Banca borsa, tit. cred.*, 2021, 284; P. MONTALENTI, *Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione delle crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, *Giur. comm.*, 2020, I, 829; ID., *Le riforme del codice civile: Assetti organizzativi societari*, in *La riforma delle procedure concorsuali*, a cura di A. Jorio e R. Rosapepe, Milano 2021, 41; R. RORDORF, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi e dell'insolvenza*, *Fallimento*, 2021, 589; R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, *NLCC*, 2018, 1286 e ss.; M. S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla gestione dell'impresa nel nuovo articolo 2086 (con una postilla sul ruolo dei soci)*, *Riv. soc.*, 2019, 262.

irrimediabile ogni prospettiva di continuità), altrettanto non questionabile che per tale ultima situazione il legislatore abbia apprestato una regolazione sostanzialmente analoga – quanto meno dal punto di vista qui d'interesse – a quella contemplata dalla legge fallimentare del 1942. Ne fornisce riscontro forte e non controvertibile il dato normativo: la definizione dello stato d'insolvenza dettata dall'art. 2 co. 1 lett. b) CCI replica in modo testuale il precedente costituito dall'art. 5 co. 2 l. fall.[63]. Scelta deliberata, preclusiva per l'interprete di varianti ermeneutiche di qualunque genere: sicché, ragionando a ritroso, non sembra azzardato assumere che il vero e consistente *novum* della riforma si colloca nella fase anteriore a quell'esito (l'insolvenza irreversibile), che la disciplina della riforma mira a scongiurare o, comunque, a contenere entro una casistica limitata.

Ma quando l'esito deteriore si compie, le conseguenze per l'impresa non differiscono da quelle stabilite dalla previgente normativa: da un lato, la dichiarazione giudiziale (cui accede la corrispondente procedura concorsuale), dall'altro – e ciò massimamente rileva nella prospettiva di cui si discorre – l'applicabilità dello statuto penale della bancarotta, che, al pari di quanto prevedeva la legge fallimentare, è subordinata e condizionata da tale accertamento giudiziale (che ha funzione analoga a quella che aveva la sentenza dichiarativa del fallimento, dovendosi altresì rammentare che anche quest'ultima si risolveva nella rilevazione dello stato d'insolvenza, la cui definizione è ben significativamente rimasta immutata).

In altro modo: con l'insolvenza giudizialmente accertata, tanto sotto la vigenza della legge fallimentare quanto dopo l'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, la disciplina penale dispiega la sua operatività, fermo restando che, in entrambi gli ambiti normativi, lo stato d'insolvenza segna il momento nel quale l'impresa cessa la sua attività vitale come organismo produttivo.

La sostanziale identità delle situazioni, cui fanno da contrappunto discipline (anche penali) sovrapponibili, autorizza a ritenere ancor'oggi valida la rammentata notazione di Cesare Pedrazzi[64] in ordine alla ragione di politica criminale che sposta intervento e reazione penali a un momento successivo all'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza in quanto estremo che sancisce in modo formale la fine dell'impresa, venendo così meno ogni esigenza gestoria dell'impresa stessa (o, comunque, di mantenere le redini nelle mani dell'imprenditore, individuale o collettivo).

Non deve però sfuggire il contesto e il senso di detta notazione: essa registra *lo stato delle cose* (l'assetto normativo come si presenta all'interprete) e ne indica la ragion d'essere, in modo coerente con la visione liberista, alla quale l'ordinamento nel suo complesso si richiama.

---

[63] In proposito si noti che il presupposto della liquidazione giudiziale è lo stato d'insolvenza (art. 121 CCI), così come lo era per il fallimento (art. 5 co. 1 l. fall.), che lo stato d'insolvenza è definito in maniera identica (dall'art. 2 co. 1 lett. b) CCI e dall'art. 5 co. 2 l. fall.) e che i requisiti 'soggettivi' dettati dall'art. 2 co. 1 lett. d) CCI in relazione all'art. 348 CCI stesso corrispondono – in sostanza – a quelli dell'art. 1 commi 2 e 3 l. fall..

[64] Si tratta dei richiami a C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 108 e C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 443.

Prescindendo qui da considerazioni di natura assiologica sulla questione della libertà d'impresa (più esattamente: sulla dimensione e sui limiti della stessa), questioni intorno alle quali si è argomentato nella prima parte del presente lavoro, con riguardo all'ambito ora in discorso (disciplina penale dell'insolvenza), l'interprete deve constatare che l'attuale opzione legislativa – al pari di quella precedente – preclude al magistrato penale qualunque intervento nella fase anteriore all'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza, con le eccezioni – statisticamente assai limitate – delle ipotesi contemplate dall'art. 341 CCI[65].

Da altro punto di vista considerata, l'opzione in discorso sembra scontare il riconoscimento di una valenza particolarmente ampia della '*libertà d'impresa*', ciò che parrebbe determinare una sorta di incontrollata libertà gestoria, all'interno della quale eventuali pregresse condotte devianti incontrano il loro momento repressivo soltanto in epoca successiva (talvolta anche di molto) alla dichiarazione giudiziale d'insolvenza.
Ribadita ancora l'estraneità in questo contesto argomentativo di notazioni di carattere assiologico, l'assunto di una '*libertà d'impresa*' del tutto svincolata da presidi penalmente protetti nella prospettiva qui d'interesse (semplificando: la tutela del ceto creditorio) merita alcune precisazioni.

Riguardata la questione in termini generali, è facile constatare che una vasta ammagliatura normativa regola, attraverso discipline l'inosservanza delle quali è presidiata anche con la comminatoria penale, molteplici ambiti nei quali l'attività d'impresa si svolge[66]: sicché già da questo punto di vista non può certo dirsi che l'attività d'impresa non conosca limiti, controlli e sanzioni (ferma restando l'esigenza di una revisione critica di siffatto apparato, che presenta profili d'inefficienza considerevoli).

Venendo ora alla più specifica area della gestione economica dell'impresa (qualunque sia il settore produttivo nel quale essa opera), è dapprima doveroso notare che proprio in quest'area si dispiega maggiormente per portata e rilevanza la '*libertà d'impresa*', intesa come esigenza di operare scelte funzionali al perseguimento degli obiettivi economico-produttivi divisati, esigenza consustanziale al concetto di imprenditore (individuale o collettivo) nella società capitalista di mercato. Scelte che comportano, in modo fisiologico, l'assunzione di rischi e che, altrettanto fisiologicamente, implicano riflessi, riverberi e conseguenze destinati a ricadere anche

---

[65] L'art. 341 CCI (come già l'art. 236 l. fall.) estende l'applicabilità delle fattispecie di bancarotta anche a situazioni (concordato preventivo e taluni strumenti di gestione della crisi) nelle quali l'impresa non si trova necessariamente in stato d'insolvenza, essendo tali procedure previste anche per stati di crisi.

[66] Si pensi, per esemplificare, a quei settori di attività fortemente normati a partire dalla tipologia dell'attività (bancaria, assicurativa) ovvero a quegli ambiti l'attività d'impresa trova disciplina indipendentemente dalla tipologia (tutela dell'ambiente, tutela della sicurezza e della salute nei luoghi di lavoro): regolamentazioni (spesso presidiate dalla comminatoria penale) che costituiscono all'evidenza un limite esterno alla libertà dell'attività d'impresa. Senza dimenticare i reati societari, settore ben poco frequentato dalla prassi delle Corti, ma che tuttavia costituisce un apparato regolatorio destinato a disciplinare snodi cruciali (tutela dell'informazione societaria, dell'integrità del capitale e del patrimonio sociale, dei creditori), sebbene la struttura delle fattispecie offerte dal legislatore nazionale sia a dir poco scadente sul piano della adeguatezza.

su *soggetti terzi* rispetto all'impresa, alcuni dei quali non hanno con l'impresa stessa alcun legame o connessione diretta o indiretta[67].

La considerazione delle ricadute sul piano economico, patrimoniale e finanziario su quella parte dei *soggetti terzi* identificabile come il *ceto creditorio* è cruciale per fondare quello che non avventatamente può essere definito come il canone generale di limitazione dell'attività d'impresa nello specifico ambito ora in discorso: l'intangibilità di quella quota del patrimonio dell'impresa in funzione di garanzia (in senso generico) dei diritti del ceto creditorio. Funzione di rilievo assoluto ed essenziale connessa in modo intimo e necessario con il ruolo centrale dell'impresa nel sistema dell'economia capitalista di mercato: correlandosi in modo costante e inevitabile l'attività d'impresa con una pluralità di altri soggetti (in parte rilevante anch'essi imprese), il reticolo di tali rapporti – che nel loro momento genetico si fonda sull'affidamento riposto dai soggetti terzi nell'impresa – genera obbligazioni, il soddisfacimento delle quali ha, come ultima istanza di garanzia, il patrimonio dell'impresa medesima.

Anche dalla schematica semplificazione appena sopra abbozzata emerge l'essenzialità della funzione del patrimonio dell'impresa e la conseguente esigenza di presidiarne l'intangibilità, còlte da Cesare Pedrazzi nella efficace profonda sintesi: "*l'imprenditore* [è] *più impegnato socialmente del comune debitore*"[68].

E se quell'avverbio "socialmente" può essere inteso (anche) come una antiveggente anticipazione dell'attuale riflessione sulla responsabilità sociale dell'impresa, è però sottolineatura doverosa ribadire che assicurare l'integrità del patrimonio dell'impresa nella sua funzione di garanzia rappresenta il primo e fondamentale elemento costitutivo della responsabilità sociale dell'impresa, in qualunque modo si voglia intendere siffatta formula. A ben vedere, è questo estremo di matrice oggettivamente economica (pienamente coerente con la natura dell'attività) a segnare il limite della correttezza dell'agire dell'impresa, sicché ogni altra considerazione sulla responsabilità sociale dell'impresa medesima dal rispetto di tale limite procede e ne sconta in modo necessitato l'adempimento.

Al di là delle suggestioni evocate dalla formula "responsabilità sociale dell'impresa" sta il rilievo, senz'altro meno seducente ma preliminare e fondativo, che il primo modo di rendere l'impresa socialmente responsabile consiste nell'ottemperanza della legge, ottemperanza che principia con un agire economico ligio all'integrità del patrimonio dell'impresa stessa nella sua funzione di garanzia (in senso generico) per il ceto creditorio.

Rammentato che il patrimonio, l'integrità del quale non può essere erosa per la quota di garanzia del ceto creditorio, varia nel tempo, coerentemente con il variare degli attivi e delle passività (attuali e prospettici), sicché la valutazione in ordine alla idoneità lesiva delle condotte dovrà essere compiuta diacronicamente con riferimento all'epoca

---

[67] L'attività d'impresa interagisce e ha effetti non soltanto dei dipendenti, dei fornitori, dei creditori finanziari, degli investitori, dei consumatori o dell'indefinita categoria degli stakeholder, ma anche con soggetti che hanno un rapporto 'casuale' con l'impresa e la sua attività (si pensi a coloro che abitano nei dintorni di uno stabilimento industriale).

[68] C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 442.

in cui la condotta in ipotesi erosiva era stata realizzata, nel discorso qui d'interesse a rilevare è la più volte ribadita valenza del patrimonio dell'impresa come garanzia del ceto creditorio. Funzione di garanzia che l'imprenditore (individuale o collettivo) è chiamato a conoscere e a rispettare, costituendo un vincolo coessenziale alla sua stessa attività, la consapevolezza del quale (con quanto ne discende) trova fondamento costituzionale nel disposto degli artt. 2 e 41 della Carta fondamentale.

In altri termini, l'imprenditore (individuale o collettivo), in quanto ha deciso di svolgere l'attività d'impresa, ha di fronte a sé – *ex ante* – l'assetto normativo (che dunque è conosciuto o che, comunque, in quanto conoscibile, '*deve essere conosciuto*'[69]), aspetto che, imponendogli il rispetto del più volte rammentato limite, esige che le sue scelte operative siano di tale limite osservanti.

Sempre *ex ante* (*id est*: prima di compiere qualsiasi scelta operativa economicamente impegnativa) è altrettanto nota la prospettiva che si apre qualora il limite dell'integrità del patrimonio dell'impresa venga superato: l'area di rischio penale, nella quale l'imprenditore (individuale o collettivo) è entrato ledendo tale vincolo, importerà l'applicazione delle inerenti norme penali[70] se, anche in futuro, l'impresa dovesse versare in stato d'insolvenza giudizialmente dichiarata (ovvero in una delle situazioni a tal fine equiparate[71]).

In conclusione, la scelta del legislatore di subordinare la (maggior) punibilità di condotte già espressive di un pericolo per il bene tutelato (i diritti del ceto creditorio)[72] al verificarsi di una condizione non necessariamente correlata secondo un parametro causale alle condotte stesse, si presenta come un punto di equilibrio fra l'esigenza di limitare interferenze esterne nella gestione dell'impresa finché essa è vitale da un lato e, dall'altro, quella di assicurare un (severo) presidio penale al vincolo costituito dall'intangibilità del patrimonio dell'impresa stessa nella sua funzione di garanzia per il ceto creditorio.

Che tale scelta legislativa possa (e, forse, debba) essere sottoposta a una ulteriore revisione critica, è questione che esula dalla prospettiva del presente lavoro, ma di essa, come tale, l'interprete non può che prendere atto, dovendosi tuttavia segnalare che, rispetto alla struttura della legge fallimentare del 1942, nella quale la fase anteriore alla dichiarazione di fallimento era territorio pressoché impermeabile a interventi esterni, in tale ambito modifiche tutt'altro che marginali si registrano con il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che ne ha previsto una complessa e analitica regolazione.

Coessenziale al mutamento di prospettiva, che relega l'insolvenza giudizialmente dichiarata a esito residuale, da scongiurare nei modi possibili, è l'articolata serie di strumenti introdotti dalla riforma, dei quali l'impresa può/deve

---

[69] Esplicita in tal senso la ricostruzione compiuta da Corte cost. 24 marzo 1988, n. 364, che espressamente richiama, a mo' d'esempio, l'esercizio dell'impresa come situazione nella quale l'agente (l'imprenditore) ha l'obbligo di previa informazione rispetto all'esercizio dell'attività che intraprende.

[70] Fatta salva ipotesi della c.d. bancarotta riparata secondo l'interpretazione che si è andata consolidando nella giurisprudenza di legittimità.

[71] Il riferimento è ovviamente alle ipotesi contemplate dagli artt. 341 CCI e 236 l. fall. (v. nota 64)

[72] Senza dimenticare che molte di tali condotte integrano di per sé fatti penalmente rilevanti: per il dettaglio, v. nota 56.

avvalersi per affrontare situazioni di crisi e d'insolvenza (non irreversibile) perseguendo il divisato fine di mantenere nel mercato il fattore produttivo.

Comparando l'assetto normativo che disciplinava questo ambito nella versione originaria del CCI (quella recata dal d. lgs 14/2019 anteriormente alle modifiche apportate prima della sua entrata in vigore e, massimamente, a quelle di cui al d. lgs 83/2022) con quello ora vigente, non può sfuggire una sorta di arretramento della componente pubblicistica riscontrabile nella disciplina di gestione della crisi, nel presente caratterizzata invece in modo del tutto prevalente da una matrice privatistica.
In disparte ogni considerazione sulla opportunità di tale arretramento, preme qui notare come il legislatore, pur con una prudenza forse eccessiva, suggerisca fortemente all'imprenditore (individuale o collettivo) di far ricorso a determinati modelli, per così dire, comportamentali per fronteggiare una situazione indubitabilmente delicata della vita dell'impresa.

Osservata da un punto di vista differente, siffatta opzione si presenta come una (sebbene timida) limitazione alla libertà d'impresa, espressiva dell'esigenza di un controllo (qui realizzato tramite la prescrizione di percorsi gestionali secondo metodologie pre-definite) sulle scelte (o, forse più esattamente, sui processi che presiedono alle scelte) alle quali l'impresa deve conformarsi in situazioni (crisi/insolvenza) in concreto idonee a determinare effetti perniciosi destinati a riflettersi ben oltre l'ambito proprio dell'impresa stessa (limitazione che si fonda, ricordando ancora una volta Cesare Pedrazzi, sul rilievo che l'imprenditore è un debitore socialmente impegnato[73]).

6. Conclusioni.

Prescindendo per ora da considerazioni concernenti tipologie e meccanismi sanzionatori, le notazioni che precedono autorizzano la conclusione che la disciplina delle attività d'impresa, in quanto potenzialmente idonee a esporre a pericolo beni giuridici di primario livello, non può che essere eteronoma e di matrice pubblicistica come espressamente indicato dal Maestro qui celebrato[74]. Eguale carattere pubblicistico deve avere il sistema dei controlli, indispensabile e necessario complemento dell'ammagliatura delle regole costitutive della disciplina, chiamata a prevenire e sanzionare (eventualmente) la criminalità d'impresa[75] o, forse, più esattamente la devianza d'impresa.

---

[73] Esattamente: "*l'imprenditore* [è] *più impegnato socialmente del comune debitore*", C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito*, cit., 442.
[74] V. F. PALAZZO, *Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa*, cit., 1548-1549, 1552.
[75] Con il breviloquio *criminalità d'impresa* s'intende riferirsi a fatti di rilevanza penale che vengono realizzati nell'esercizio di una qualunque attività imprenditoriale, rappresentandone una deformazione patologica, eventualmente anche frequente, ma che non connota tuttavia in modo strutturale quell'impresa. Differentemente, il breviloquio *impresa criminale* vale a designare imprese che nel compimento di attività intrinsecamente illecite e illegali esauriscono la loro stessa attività.

Riferirsi a *devianza* d'impresa anziché a *criminalità* d'impresa sembra preferibile (e non certo per l'apparente minor severità del termine e il conseguente minore impatto su suscettibilità ideologicamente connotate) perché quanto argomentato in precedenza suggerisce che a dover essere efficacemente presidiato è il 'momento' antecedente a quello nel quale l'attività d'impresa 'deviata' rispetto alle regole ha prodotto il fatto offensivo (convenzionalmente identificato nel reato, la cui commissione è tuttavia in modo inevitabile opera della persona fisica).

In questo senso la nozione di devianza sembra cogliere in maniera maggiormente precisa, da un lato, l'estremo fattuale della inosservanza (oggettiva e priva di connotazioni psicologiche) delle regole che disciplinano l'attività d'impresa (relative ai singoli ambiti nei quali l'attività stessa si esplica) e, dall'altro, ne consente l'autonoma valorizzazione come fatto illecito, sanzionabile indipendentemente dal verificarsi di uno ulteriore e più grave (il reato), espressivo di un approfondimento dell'offesa che, nella fase anteriore (quella della devianza), non va comunque oltre una esposizione a pericolo di minore intensità.

Ricordato qui come la *magnitudo* (qualitativa e quantitativa) dei rischi inerenti all'attività d'impresa sia di per sé ragion sufficiente per accreditare l'esigenza di una adeguata disciplina proprio nella fase genetica del rischio, è agevole constatazione riconoscere che il termine *disciplina* vale a comprendere i due distinti profili *i)* della fissazione delle regole (*id est*: la predisposizione di apparati di disposizioni cautelari riguardanti le modalità di esercizio delle attività d'impresa, da questo punto di vista ordinate in funzione dei beni giuridici potenzialmente esposti a pericolo) e *ii)* del controllo/vigilanza sul rispetto delle regole stesse.

Che i due menzionati profili siano inscindibili è immediatamente evidente, ma non deve sfuggire una coloritura peculiare che caratterizza quello del controllo/vigilanza (e, a seguire, quello sanzionatorio).

Se la predisposizione dell'apparato regolatorio costituisce l'essenziale (e logicamente precedente) schema di riferimento destinato a segnare il confine della illiceità, l'ambito del controllo/vigilanza acquista un ruolo cruciale e non meno fondativo nell'economia di un sistema complessivamente volto a presidiare in modo efficace beni giuridici di primario livello: abbandonato a sé stesso (cioè alla maggiore o minore propensione soggettiva al rispetto delle regole: *id est*, della legalità), anche il migliore fra i possibili sistemi di regole sarebbe condannato all'inanità. E oltre all'inutilità il vuoto di controllo e di vigilanza (o la loro inefficienza) finirebbe con l'avvantaggiare chi, imprenditore meno scrupoloso, sfruttando in maniera opportunistica tale deficit, trarrebbe benefici tutt'altro che marginali dall'esercizio dell'attività oltre i confini del lecito, in danno di quelli osservanti della legge, deficit che dunque si risolve in un fattore alterativo della concorrenza. Conseguenza manifestamente perniciosa, che si determina altresì – come si è rammentato – anche di fronte a un sistema sanzionatorio ineffettivo.

Nei paragrafi che precedono si è argomentato in ordine alle ragioni che motivano l'esigenza di una matrice pubblicistica della disciplina della devianza d'impresa e del controllo e della vigilanza sull'osservanza della stessa: né su tali ragioni si tornerà ora, se non per segnalare, al fondo, una notazione che si presenta comunque difficilmente superabile.

Semplificando: affidare, sotto qualsiasi forma e attraverso qualsivoglia possibile architettura, al soggetto, la cui attività deve essere regolata, la predisposizione delle inerenti norme e il sistema di controllo e vigilanza significa dar luogo a una non commendevole situazione di conflitto d'interessi tanto evidente quanto foriera di effetti potenzialmente nefasti.

Un conflitto – si badi – dalle caratteristiche peculiari, che ne travalicano la comune accezione, che vede nel medesimo soggetto consistere due (o più) differenti e contrastanti interessi: a venire in considerazione nel contesto sono anche i rapporti di forza reciproci fra i portatori degli interessi in gioco (genericamente e semplificando: da un lato, le imprese, alle quali – nella visione qui contrastata – dovrebbe essere affidata la loro propria disciplina e il controllo della sua osservanza e, dall'altro, i titolari dei beni esposti a pericolo), rapporti di cui in precedenza si è detto. Un conflitto che anche (e forse massimamente, per tale connotazione) esige che la matrice della disciplina e del controllo sia pubblica, formata cioè dall'organismo statale (nelle sue articolazioni) o dal coordinamento sovranazionale.

La drastica notazione critica sull'autonormazione non vuole tuttavia negarle il diritto di cittadinanza[76], ma soltanto definirne i confini e l'ambito, pacifico essendo che il modello di riferimento costituito dal d. lgs 231/2001, primo e serio esempio di disciplina della criminalità d'impresa, implica necessariamente (e correttamente) una importante e non vicariabile autonormazione[77].

Oltre l'esplicita legittimazione derivante dal d. lgs 231/2001, l'autonormazione riesce addirittura indispensabile ragionando nel più ampio contesto di una armonica e razionale disciplina dell'attività d'impresa. Esigenze molteplici convincono in tal senso: da un lato, quelle legate alla complessità delle organizzazioni d'impresa, le cui articolazioni funzionali e le cui variegate strutture interne necessitano di una disciplina della quale è fin quasi impossibile immaginare una provenienza esterna. Dall'altro quelle connesse alla specificità e alla peculiarità, in molti casi del tutto singolari, collegate alla tipologia delle attività in concreto svolte lungo la multiforme natura dei settori di operatività. Ed ancora, proseguendo in una esemplificazione non più che allusiva alla numerosità delle variabili, si considerino le esigenze che traggono origine dai mutamenti che periodicamente intervengono nelle strutture delle organizzazioni d'impresa (anche

---

[76] Si vedano in proposito i richiami a nota 19.

[77] Sul punto si veda in particolare D. PIERGALLINI, *Autonormazione*, cit., 261; ID., *Ius sibi imponere*, cit., 117. Particolare rilievo assumono le considerazioni di Cass. pen. Sez. VI, 15 giugno – 11 novembre 2021, n. 23401 con i commenti di D. BIANCHI, *Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni "umbratili" a margine d'una sentenza "adamantina" nel "magma 231"*, *Sistema Penale*, 14.10.2022; F. CENTONZE, *Il crimine dell'"attore decisivo", i limiti della compliance e la prova "certa" della colpa di organizzazione. Riflessioni a margine della sentenza "Impregilo"*, CP, 2022, 4372; G. DE SIMONE, *Si chiude finalmente, e nel migliore dei modi, l'annosa vicenda Impregilo*, *GI*, 2022, 2758; E. FUSCO e C.E. PALIERO, *L'"happy end" di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo*, *Sistema Penale*, 27.9.2022; A. MERLO, *Il D.Lgs. 231/01 preso sul serio: la Cassazione scrive l'ultimo capitolo della saga "Impregilo"*, *FI*, 11/2022, 669; C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, *Sistema Penale*, 27.6.2022. Sull'evoluzione giurisprudenziale in tema di accertamento della c.d. colpa di organizzazione dell'ente, con rilevanti riflessioni dogmatiche e sistematiche, V. MONGILLO, *La colpa di organizzazione: enigma ed essenza della responsabilità "da reato" dell'ente collettivo*, *CP*, 2023, 704.

di quelle non particolarmente grandi e complesse), mutamenti che si rendono necessari per i motivi più diversi.

Intesa come regolamentazione di livello specifico, l'autonormazione diviene allora strumento particolarmente efficace e quasi indispensabile per assicurare la tutela migliore e maggiormente appropriata, permettendo la predisposizione di presidi capaci di tener conto della peculiarità delle situazioni.

In questo senso, riprendendo il paradigma del d. lgs 231/2001, l'autonormazione dovrebbe svolgersi all'interno di una ammagliatura di regole-principio di riferimento, in modo che la libertà normativa dell'ente sia comunque conterminata, trovando limiti sufficientemente precisi in disposizioni di rango superiore e di matrice pubblicistica[78]. Una struttura regolatoria come quella di cui si è sin qui parlato si espone alla agevole critica (ideologicamente fondata) di comprimere la libertà d'impresa attraverso meccanismi evocativi di forme di dirigismo statalista, incompatibili con una delle caratteristiche essenziali e fondanti della società capitalista di mercato (appunto, la libertà d'impresa, cui necessariamente accede l'assunzione di rischi, senza di che non può, forse, neppure parlarsi d'impresa nel senso proprio del termine[79]).

Oltre il dibattito ideologico e, soprattutto, al di là delle sue deformazioni strumentali, la questione sembra – come si è cercato di mostrare – dover essere impostata diversamente.

Il superiore principio di realtà impone di muovere da una constatazione che, allo *stato delle cose*, è il modello socioeconomico tipico del capitalismo di mercato a costituire – pur con le varianti anche significative, delle quali si è pure detto – il paradigma largamente preponderante. Ferma questa non controvertibile asserzione, ne discende che, essendo la libertà d'impresa requisito coessenziale al modello esistente, la sua limitazione può/deve avvenire attraverso il controllo dei rischi.

In altri termini: essendo l'assunzione del rischio connotato proprio dell'attività d'impresa e, al medesimo tempo, essendo il rischio fattore di offesa a beni di livello anche primario, la fissazione di limiti di esposizione al rischio diviene elemento egualmente essenziale nella complessa architettura del sistema socioeconomico, che non può sopportare – quanto meno a tempo indeterminato – pericoli per i beni fondamentali per la sua stessa sopravvivenza (secondo uno schema concettuale, oggi infinitamente più complesso, che tuttavia rimanda a quella che si è vista essere la genesi stessa delle regole che permisero alle primigenie tribù di sopravvivere[80]).

Le dinamiche delle forze in gioco e la rilevanza degli interessi contrapposti implicano la necessità che la regolazione sia affidata a un soggetto terzo rispetto ai portatori di tali interessi, terzietà che, in linea teorica, può essere assicurata soltanto da

---

[78] L'ipotesi – sinteticamente espressa e bisognevole di approfondimento – consisterebbe nell'immaginare norme che fissano semplicemente lo 'scopo di tutela', che però importa la conseguenza di una ridotta capacità di condizionare la fissazione di 'auto-regole' precise e determinate, efficienti all'effettivo perseguimento dello scopo di tutela. In proposito, fra i lavori segnalati a nota 20, si veda in particolare D. BIANCHI, *Risultati attesi ed effetti indesiderati*, cit..

[79] Si vedano in proposito le considerazioni a nota 52.

[80] Si vedano in proposito le notazioni al termine del § 4.

un soggetto pubblico, al quale la sintassi istituzionale finisce in ultima analisi con l'attribuire il presidio dei beni primari, cioè di quelli essenziali per la tutela del sistema nel suo complesso e, al contempo, la protezione dei diritti dell'individuo.

D'altronde, la circostanza che la regolazione si risolva, in sintesi estrema, in un bilanciamento di interessi contrapposti – che trova (dovrebbe trovare) la sua espressione nelle disposizioni cautelari che, disciplinando le condotte, importano l'eliminazione del rischio o il suo contenimento entro limiti accettabili – depone ulteriormente per lo stampo pubblicistico, elettivamente idoneo a giungere a decisioni attraverso un procedimento dialettico, come tale capace di cogliere e di tener conto delle diverse contrastanti prospettive (notazione, quest'ultima, che mostra, al di là di qualunque apprezzamento ideologico, un aspetto deteriore dei sistemi di conformazione autocratica, che tale profilo dialettico non possiedono).

Al fondo estremo, una disciplina di matrice eteronoma a fonte pubblicistica risponde a un'esigenza connessa in modo oggettivo (in questo senso, pre-ideologico) alla struttura stessa del sistema capitalistico di mercato, in quanto funzionale alla tutela di diritti e beni essenziali alla esistenza stessa del sistema e al suo mantenimento.

Che la traduzione in concreto di tale esigenza di disciplina si risolva in una limitazione della libertà d'impresa proprio attraverso la definizione di rischi accettabili, la coerente fissazione di congruenti norme, i precetti delle quali siano funzionali a tale scopo, è conseguenza ineluttabile, che può essere espressa in modo efficace con la formula "far cose secondo regole"[81].

Se "far cose secondo regole" è – sinteticamente detto – il parametro, allora il tema (non più ideologico) si concentra sul contenuto delle regole e sull'assetto del sistema disciplinare, evidente essendo che tali estremi sono destinati a incidere in concreto sulla libertà d'impresa, ferma restandone ovviamente la loro indispensabilità. Che in quest'ambito, nella ricerca del delicato punto di equilibrio fra interessi contrastanti, un accurato ricorso ai meccanismi suggeriti dalla *Nudge Theory* possa sortire effetti positivi, è prospettiva senz'altro meritevole di essere sperimentata, sebbene, da un lato, la sua connotazione sveli note di paternalismo democratico e, dall'altro, l'obiettiva limitatezza degli ambiti d'impiego ne faccia risorsa utile ma non centrale[82].

Il richiamo alla *Nudge Theory* (e, in specifico, al suo carattere 'paternalistico') permette di segnalare nuovamente il tema delicato, ma ineludibile, della necessaria competenza richiesta per la formazione delle regole.

Considerato dal presente punto di vista, il tema acquista una rilevanza peculiare, posto che, al cospetto di complessità sempre maggiori, per le quali sono necessarie

---

[81] W. TWINING, D. MIERS, *How to Do Things with Rules*, 1982, trad it. *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Milano 1990.

[82] Richiamato quanto in precedenza osservato a proposito della *Nudge Theory* (v. nota 31 e testo corrispondente), sebbene l'accostamento possa apparire provocatorio, il 'paternalismo democratico' di quest'ultima rimanda in qualche modo all'idea leninista del *partito-avanguardia*: in disparte le enormi differenze sul versante attuativo e dei referenti culturali, entrambi i modelli scontano il presupposto che vi sia un 'soggetto' (un gruppo di persone, una ristretta area cultural-politica) in grado di individuare ciò che è meritevole di essere perseguito, operando di conseguenza perché quanto divisato venga attuato dai consociati.

competenze specifiche particolarmente qualificate, nella dinamica della dialettica volta al contemperamento degli interessi contrastanti si inseriscono (o, forse, ne sono elementi costitutivi) fattori 'oggettivi' rappresentati dalle condizioni tecniche, che occorre comunque rispettare in quanto vincoli di natura, per così dire, 'fattuale'[83].

Con un riferimento volutamente generico, i fattori e i vincoli ai quali si è fatto riferimento attengono all'approccio scientifico[84] necessario per l'interpretazione della realtà, sulla base del quale è unicamente possibile formulare giudizi e valutazioni prognostiche, a loro volta indispensabili per fondare regole funzionalmente adeguate al contenimento/eliminazione dei rischi connessi a fatti della realtà fenomenica ai quali è – in ultima analisi – riconducibile l'attività d'impresa[85].

In disparte l'ideologicamente dibattuto tema della 'neutralità' della scienza[86], siffatta notazione potrebbe suggerire una sorta di trasferimento a una imprecisata entità di carattere tecnico-scientifico non soltanto la fase della formazione delle regole sul piano contenutistico, ma altresì quella delle opzioni di disciplina, quella cioè nella quale si verte di quali regole adottare in conseguenza degli interessi che si contrappongono.

Suggestione che, comportando il consistente rischio di dar luogo a una tecnocrazia priva di qualunque legittimazione rappresentativo-democratica, non sembra in alcun modo plausibile. Tanto più che l'approccio scientifico, non funzionale (e, per vero, non destinato) all'apprezzamento e alla ricerca di punti di equilibrio fra interessi (i più vari) fra loro contrastanti, finirebbe con l'essere esposto al pericolo di distorsioni, che possono facilmente insinuarsi nel delicato territorio della 'neutralità' della scienza.

È nella complessa dinamica della *formazione* delle regole (e non delle opzioni di disciplina) che il contributo dell'approccio scientifico (per usare una formula generica e omnicomprensiva) spiega invece la sua indispensabile valenza. L'essenziale contributo del metodo scientifico consiste e si esaurisce nella indicazione dei paradigmi di riferimento (per esemplificare sinteticamente: identificazione del rischio, presidi da adottare per il suo contenimento/eliminazione), paradigmi di riferimento che divengono elemento cruciale (in qualche misura vincolante) per la fase della concreta

---

[83] Esemplificando: si considerino i valori dei limiti-soglia per l'esposizione a sostanze pericolose, che vengono determinati dal sapere tecnico-scientifico. Sul punto v. per tutti, F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti*-soglia, cit.; E. PENCO, *Limiti-soglia e responsabilità colposa*, cit., 195.

[84] Il riferimento all'approccio scientifico come base fondante vale, oltre che per le scelte di natura tecnico-industriale, nelle quali il collegamento è più immediatamente evidente (si pensi alle c.d. scienze della natura), anche in quelle di natura 'economica' (si pensi alle discipline destinate a regolare i mercati o la crisi dell'impresa), nelle quali l'apporto delle scienze economiche e aziendalistiche è altrettanto indispensabile.

[85] L'attività d'impresa è un fatto della realtà: sversare rifiuti, svolgere un'attività produttiva, lanciare un'opa, ecc. sono fatti reali, empiricamente connotati.

[86] Si pensi, da ultimo, alle considerazioni di T. DOTSON, *The Divide: How Fanatical Certitude is Destroying Democracy*, Mit Press, 2021. Per una più generale riflessione, v. R.K. MERTON, *Teoria e struttura sociale. vol. III - Sociologia della conoscenza e sociologia della scienza*, Bologna, 2000; ID., *Scienza, religione e politica*, Bologna, 2011. Risalente, ma acutamente critico nella messa in guardia rispetto alle pseudoscienze, v. C. SAGAN, *Il mondo infestato dai demoni. La scienza e il nuovo oscurantismo*, Milano, 1997. Infine, per una visione di portata filosofica, v. E. HUSSERL, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, con prefazione di E. Paci, Milano, 1972.

determinazione della regola (*id est*: della disposizione cautelare) e delle opzioni di disciplina, fasi che consistono in ultima analisi in scelte di natura assiologica. Scelte che, per loro intrinseca natura, esprimono giudizi di valore, tradotti in norme che scontano un contemperamento di interessi contrapposti.

In altri termini, i paradigmi di riferimento si presentano come l'ambito all'interno nel quale trovano la loro collocazione le decisioni politiche (nel senso proprio e alto del termine), che in concreto danno vita alle norme cautelari funzionali al contenimento/eliminazione dei rischi derivanti dall'attività d'impresa.

La prospettiva del controllo del rischio associato all'attività d'impresa sconta una notazione preliminare: il controllo in discorso ha come suo oggetto proprio e tipico quanto concerne la 'criminalità d'impresa' (o, volendo seguire la distinzione suggerita, la 'devianza d'impresa') e non invece l'attività dell'impresa criminale, cioè di quell'organizzazione che, pur potendo assumere le forme dell'impresa (a cominciare dalle figure societarie tipiche), è stabilmente e prevalentemente dedicata ad attività illecite[87]. Non sfugge certo che anche l'impresa criminale può svolgere (e, anzi, sovente svolge) attività che importano la generazione di rischi per i beni primari non diversi da quelli associati all'attività di un'impresa *non criminale*[88]. Ma a differire sono gli ambiti radicalmente diversi nei quali le due distinte tipologie si collocano e, per conseguenza, le ben distanti esigenze di tutela e gli altrettanto diversi apparati di contrasto.

Detto che, all'evidenza il sistema di disciplina destinato a presidiare la criminalità/devianza d'impresa troverà applicazione anche nel caso in cui l'attività pericolosa sia esercitata da un'impresa criminale, non è certo tale sistema quello al quale l'ordinamento può affidare il presidio nei confronti dell'impresa criminale, che richiede strumenti di carattere ben diverso, adeguati – come devono essere – a una tipologia di fatti strutturalmente diversi.

La radicale alterità dei due contesti suggerisce peraltro una ulteriore notazione: strumenti sanzionatori e mezzi di controllo (più precisamente: le norme che tali strumenti e tali mezzi prevedono), concepiti in modo funzionale per il contrasto all'impresa criminale, non paiono trasferibili *sic et simpliciter* (e, per vero, neppure attraverso qualche aggiustamento poco più che formale) nel diverso ambito proprio della disciplina dell'attività d'impresa occasionalmente (e non strutturalmente) criminale/deviante[89],

---

[87] Richiamando quanto osservato alla nota 75, della distinzione fra *criminalità d'impresa* e *impresa criminale* è efficace esempio il sistema sanzionatorio del d. lgs 231/2001, che al terzo comma dell'art. 16 contempla l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività «se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità», disposizione che palesemente allude a un'impresa criminale, rispetto alla quale sanzioni interdittive temporanee non avrebbero valenza punitiva adeguata.

[88] Si pensi ai rifiuti derivanti dall'attività di un'impresa dedita alla raffinazione della droga ovvero alle violazioni alle specifiche disposizioni in materia di trattamento dei rifiuti da parte di un'impresa che tratta soltanto rifiuti illegali.

[89] Il riferimento all'occasionalità (come criterio distintivo rispetto alla strutturalità dei comportamenti criminali) trova un interessante elemento di precisazione nelle previsioni del primo e del secondo comma dell'art. 16 d. lgs 231/2001, che contemplano l'applicazione dell'interdizione definitiva rispettivamente

Tentazioni in tal senso, fomentate, per un verso, da malintese pulsioni repressive, illusoriamente convinte che la semplice comminatoria di sanzioni draconiane sortisca un effettivo risultato dissuasivo e, per l'altro, dalla suggestione di una maggiore 'facilità' d'intervento e di applicazione, paiono del tutto immeritevoli di seguito.

Prescindendo da considerazioni di carattere generale, legate alla tipologia delle condotte aggressive che si atteggiano in modi fortemente diversi anche in rapporto ai beni protetti e alle modalità di offesa, considerazioni di per sé sole bastevoli a raccomandare una attenta separazione fra gli ambiti disciplinari in discorso, v'è poi una notazione ulteriore che sembra opportuno segnalare.

Se dal lato del contrasto alla criminalità/devianza d'impresa sta l'irrinunciabilità di una reazione sanzionatoria efficace e dissuasiva, capace d'intervenire nel momento genetico dell'esposizione a pericolo, sul versante della reazione all'impresa criminale è agevole constatare che la disciplina sovente si orienta verso modelli d'intervento di stampo marcatamente 'preventivo', conformati secondo parametri presuntivi, che traggono origine e fondamento nella natura intrinsecamente pericolosa dell'impresa criminale stessa, come tale interamente collocata in un contesto d'illegalità[90]. Sicché il criterio informatore di siffatta disciplina può essere sinteticamente còlto in una sorta di pericolosità intrinseca dell'attività dell'impresa criminale, nella quale il pericolo per i beni giuridici è espresso dalla sua stessa attività (o, fors'anche, dalla sua stessa esistenza), essendone l'illegalità la cifra connotativa.

Criterio informatore, quello qui sopra delineato, del tutto eccentrico e, anzi, incompatibile con riguardo alla disciplina della criminalità/devianza d'impresa (dell'impresa *non criminale*) nel senso innanzi detto. Per l'impresa che 'delinque' occasionalmente (quand'anche in modo frequente, ma non strutturale) la generazione del pericolo per i beni tutelati è una patologica (deviante) deformazione dei rischi connessi all'esercizio stesso dell'attività d'impresa. Detto in termini differenti: qui si tratta del superamento di limiti di accettabilità del rischio nel contesto di un'attività altrimenti intrinsecamente lecita, là di un agire strutturalmente e stabilmente illegale, intrinsecamente illecito.

Queste ultime osservazioni, rispetto alle quali nell'ordinamento nazionale emergono profili critici meritevoli di ulteriore approfondimento[91], permettono ora qualche notazione d'ordine generale sulla disciplina domestica della criminalità/devianza d'impresa.

Difficile negare che il d. lgs 231/2001 costituisca non soltanto il baricentro e il riferimento essenziale della regolazione dell'attività d'impresa a presidio dei rischi che

---

dall'esercizio dell'attività «se l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità ed è già stato condannato, almeno tre volte negli ultimi sette anni, alla interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività» (co. 1) ovvero del divieto in via definitiva a contrattare con la Pubblica Amministrazione o di pubblicizzare beni o servizi «quando [l'ente] è già stato condannato alla stessa sanzione almeno tre volte negli ultimi sette anni» (co. 2).

[90] Il riferimento è, ovviamente, alla normativa antimafia.

[91] Si pensi, per esemplificare, all'estensione della c.d. confisca allargata, alla confisca di prevenzione.

da tale attività possono derivare rispetto a beni giuridici di primario livello, ma anche che l'assetto normativo per tal modo edificato sia meritevole di grande apprezzamento.

Al di là della rilevanza storica dell'opzione che ha introdotto nell'ordinamento la responsabilità diretta dell'ente (e di quanto siffatto riconoscimento da un lato sconta e, dall'altro, implica), stanno poi – per coglierne esclusivamente gli aspetti salienti – le idee forti di una responsabilità 'colpevole' (non oggettiva o per ricaduta), cui accede – o, forse, in maniera più esatta, cui è indissolubilmente legata – la categoria della colpa di organizzazione (per difetto di organizzazione), paradigma essenziale, poiché intorno ad esso ruota l'intero sistema.

Se il deficit organizzativo è, per un verso, la cifra nella quale consiste la ragione stessa del rimprovero e della punibilità dell'ente, il suo omologo speculare (un'organizzazione coerente con i parametri fissati dallo stesso d. lgs 231/2001: osservante, dunque, delle regole cautelari) rappresenta la condizione che, sul piano contingente, esclude la responsabilità dell'ente e che, su quello generale, contribuisce al perseguimento di un risultato di portata ben maggiore: un tendenziale orientamento verso il rispetto della legalità.

In disparte l'interrogativo se un siffatto approccio possa annoverarsi fra quelli in qualche misura riportabili alla *Nudge Theory*[92], preme qui rilevare che proprio l'identificazione sul piano normativo di un parametro di riferimento (che, come tale, implica quindi un assetto dell'ente funzionale al controllo del rischio) diviene, già sul piano teorico, un consistente incentivo a una diffusa osservanza della legge e, tramite ciò, un importante mezzo per perseguire una tutela efficiente dei beni altrimenti esposti a pericolo.

Se l'assunto in discorso ha una sua plausibilità sul piano teorico, la concreta realizzazione dell'obiettivo (la reificazione dell'assunto) incontra limiti evidenti, sui quali occorre doverosamente interrogarsi, posto che la confutazione empirica, se tale effettivamente fosse, importerebbe la falsificazione dell'assunto.

È difficile – per usare un vasto eufemismo – argomentare che nel nostro paese in generale e, in modo specifico, con riguardo alla criminalità/devianza d'impresa, vi sia una vasta e diffusa propensione al rispetto della legge[93].

---

[92] Potrebbe infatti rifluire in una accezione ampia della *Nudge Theory* il peculiare fenomeno legato alla scarsissima applicazione concreta del d. lgs 231/2001 (ciò che implica un deficit di effettività della normativa) cui fa da contrappunto una diffusa adesione alla disciplina da parte delle imprese e degli enti. Per i riferimenti essenziali si veda AA. VV. *Verso una riforma della responsabilità degli enti*, cit..

[93] Come indicatori rozzi, ma suggestivi, si considerino l'imponente fenomeno dell'infedeltà fiscale, il drammatico susseguirsi di incidenti (anche mortali) sul lavoro, il ben poco commendevole scenario della tutela dell'ambiente. Per una riflessione più meditata, partendo dal classico E.H. SUTHERLAND, *Il crimine dei colletti bianchi*, Milano, 1987, si vedano le profonde riflessioni di G. FORTI, *L'immane concretezza*, Milano, 2000, precedute da ID., *Tra criminologia e diritto penale. Brevi note su 'cifre nere' e funzione generalpreventiva della pena*, in Marinucci, Dolcini (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 53, nonché ancora ID. *Il crimine economico: prospettive criminologiche e politico-criminali*, in AA.VV., *Temi di diritto penale dell'economia e dell'ambiente*, a cura di M. Catenacci-G. Marconi, Torino, 2009, 24. Interessante in proposito una constatazione oggettiva, che ha riguardo al sistema domestico: stando ai risultati della ricerca condotta dall'Università di Losanna (cd Space I, aggiornato al 25 aprile 2017) fra gli Stati membri del Consiglio d'Europa la popolazione carceraria (detenuti a seguito di sentenza di condanna definitiva per "*Economic and*

Limitando la constatazione agli ambiti maggiormente evidenti, si pensi, da un lato, al settore della salute e della sicurezza del lavoro, a quelli della tutela dell'ambiente, della fedeltà fiscale, ambiti tutti nei quali l'attività d'impresa ha, in forma fisiologica, un ruolo preponderante nel senso che l'esposizione a rischio dei beni tutelati nei menzionati settori è tipicamente generata proprio dall'attività d'impresa, sicché i fatti lesivi che si registrano in detti settori dipendono direttamente dallo svolgimento di tale attività in modo inaccettabilmente rischioso (*id est*: oltre i limiti segnati dalle norme cautelari).

Prescindendo dalle ragioni di tale propensione all'inosservanza della legge, ragioni che, nell'esperienza domestica, principiano in modo peculiare dal complesso rapporto fra cittadino (qui: impresa) e Stato-istituzione, occorre comunque domandarsi – per quanto la domanda possa apparire insieme retorica e superflua – se ad essere deficitario sia proprio l'apparato delle regole, se cioè il cittadino (nel caso d'interesse, l'impresa) non abbia a disposizione un corretto quadro di riferimento normativo, capace di orientarne le scelte, fissando limiti sufficientemente precisi a presidio dei beni meritevoli di tutela.

Non soltanto l'ultraventennale vigenza del d. lgs 231/2001, ma anche – e, per certi versi, soprattutto – l'esistenza di discipline di settore vaste e analitiche s'incaricano di rispondere all'interrogativo. Senza dimenticare che siffatte discipline vigono anche per ambiti diversi da quelli citati a esempio[94], sicché ben può dirsi che a far difetto non è certo l'apparato regolatorio.

Ed anzi, a fornire un quadro più preciso della situazione effettiva è l'opposta constatazione che si è al cospetto di una apparecchiatura normativa sicuramente ipertrofica, sovente farraginosa, tecnicamente discutibile sia sul piano della coerenza contenutistica sia su quello – soltanto apparentemente meno rilevante – della sintassi normativa.

Situazione caratterizzata dall'aggravante specifica, che si reitera con una frequenza ben superiore di quella di una recidiva infrannuale, di far sistematico ricorso alla comminatoria penale, in una pervicace inversione del canone che vede nello strumento della sanzione penale l'*extrema ratio* di tutela, da riservare con parsimonia al presidio dei fatti offensivi più gravi.

Che siffatta costante deriva trovi fondamento ora in un populismo tanto irrazionale quanto opportunisticamente sfruttato, che coglie nella oscura ma profonda componente vendicativa che la sanzione penale porta con sé, funzionalmente piegata a fornire una forma di rassicurazione rispetto al verificarsi di fatti lesivi di grande

---

financial offences") non raggiunge in Italia l'1% del totale (esattamente lo 0,9%, a fronte, esemplificando, di una media del 3,3%, con l'11,7% della Germania, il 5,9% della Norvegia, il 5,1% della Svezia, il 4% della Spagna, il 3,3% dell'Olanda, il 2,6% del Lussemburgo, l'1,9% dell'Inghilterra e del Galles): v. *Statistiche penali annuali del Consiglio d'Europa* (*Statistiques Pénales Annuelles du Conseil de l'Europe*: SPACE) 2014 e 2015, commentate rispettivamente da E. DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate e meno lontane da accettabili standard di umanità. Editoriale*, in *Dir. pen. cont.*, 16.3.2016 e da G. MENTASTI, *Carcere e sanzioni non detentive in Europa: i rapporti SPACE I e SPACE II 2015*, *ivi*, 25.5.2017.

[94] Si pensi, ad esempio, a settori come l'attività creditizia e quelle dei mercati finanziari, dell'edilizia, degli appalti pubblici, della produzione e del commercio dei prodotti agro-alimentari, che – seppur in forme fra loro sensibilmente differenziate – sono anch'essi fortemente etero-normati.

momento[95], ovvero che dipenda dall'affidamento (soltanto ingenuo?) nella valenza simbolica della comminatoria penale, sicché la sua forza (anche stigmatizzante) possa sortire effetti dissuasivi, ovvero che altre ancora siano le radici che alimentano tale deriva, sono questioni meritevoli non soltanto di approfondimento, ma anche di riflessione profonda per porvi rimedio: esse tuttavia esulano da questo lavoro ed è però necessario segnalarle poiché sono anch'esse all'origine dell'assetto normativo del quale qui si discute.

La patologica elefantiasi del sistema di disciplina produce conseguenze incongrue e disfunzionali rispetto agli obiettivi di tutela. Una anche sommaria e certo non esaustiva elencazione fornisce un quadro ben poco rassicurante, tuttavia indicativo (di almeno alcune) delle ragioni per le quali il presidio dei beni giuridici esposti a pericolo dall'attività d'impresa è nel complesso inadeguato.

Principiando con un dato di carattere generale in una enumerazione all'interno della quale i vari fattori interagiscono fra loro, si può non avventatamente osservare che la dimensione ipertrofica dell'apparato normativo determina una limitazione eccessiva rispetto alle effettive esigenze di tutela, fomentando la tendenza all'inosservanza, anche attraverso meccanismi e comportamenti elusivi che trovano spazio e 'agevolazione' proprio nella vasta e farraginosa congerie di disposizioni, la cui numerosità e la cui frequente scarsa qualità tecnica e il loro spesso deludente coordinamento costituiscono ulteriori elementi facilitatori dell'elusione e dell'inosservanza.

Né deve sfuggire che tale ipertrofia finisce poi con l'essere ideologicamente strumentalizzata per fornire una sorta di giustificazione all'inosservanza, quasi una copertura legittimatrice, che contribuisce ad affievolire la percezione dell'intrinseco disvalore della violazione[96].

---

[95] Sul punto valgono le illuminanti considerazioni di F. Palazzo citate alle note 2 e 3, oltre al riferimento a M. CATINO, *Trovare il colpevole*, cit.. In proposito si vedano altresì D. BRUNELLI, *Divagazioni sulle "dimensioni parallele" della responsabilità penale, tra ansie di giustizia, spinte moralistiche e colpevolezza normativa*, *Dir. pen. cont.*, 12.10.2016; C. SOTIS, D. PULITANÒ, S. BONINI, T. GUERINI, G. INSOLERA, A. SESSA, A MANNA, L. RISICATO, N. MAZZACUVA, *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, ivi, 21.12.2016.

[96] Ben prima della antigiuridicità penale, a essere smarrita è propriamente la dimensione dell'antigiuridicità generale: il sorgere, il proliferare e il perdurare di tale fenomeno ha a che vedere con l'assetto sempre più difficile dei rapporti fra Stato-istituzione e cittadino; con l'affievolirsi (fin quasi alla perdita) di valori di riferimento che in qualche misura connota la *società liquida*; con l'ideologia della massimizzazione del profitto a ogni costo e le componenti nelle quali essa si è manifestata (si pensi, per esemplificare, alla finanziarizzazione dell'economia, principiata con il liberismo sfrenato della fine del secolo scorso); con la riduzione progressiva dell'uomo a soggetto a una dimensione (per riprendere la marcusiana metafora), facilmente sottoposto alla inoculazione di messaggi trasmessi attraverso strumenti di comunicazione di massa rispetto ai quali il vaglio critico è sempre più difficile, messaggi intesi a veicolare contenuti coerenti con gli interessi (non trasparentemente esplicitati) del comunicatore; che tutto questo abbia a che vedere con uno dei problemi di fondo del modello capitalistico (la distribuzione della ricchezza prodotta e il conseguente prodursi di diseguaglianze che il coefficiente di Gini appena coglie), che, infine, in tutto questo valgano le citate notazioni critiche di Akelrrof e Shiller sul neo-liberismo. Ne è esemplare paradigma la diffusione dei comportamenti (genericamente) definibili di "infedeltà al dovere di correttezza fiscale" ha assunto dimensioni tali da essere qualificabile come fenomeno sociale. Un sintetico e illuminante quadro di riferimento è offerto da E. BASILE, *Recenti riforme penal-tributarie e responsabilità degli enti. Controverse ricadute di una svolta politico-criminale*, *Riv. dir. trib.*, 2021, 1 che, a nota 1, segnala «Le più recenti stime del c.d. tax gap

Con una veste che la rende ad un tempo e in modo paradossale causa ed effetto, sta poi la frammentazione delle fattispecie (dei precetti cautelari): da un lato, effetto conseguente a opzioni (generali e generiche) che confondono l'efficienza del presidio con la numerosità delle prescrizioni e, dall'altro, causa di un ulteriore incremento di disposizioni, alimentate dall'esigenza di una analiticità portata a esiti eccessivi e controproducenti.

Sicché il risultato complessivo finisce, per un verso, con il produrre sovrapposizioni fomentatrici di incertezze applicative ad ogni livello (tanto quello del destinatario quanto quello delle autorità chiamate al controllo e all'applicazione della sanzione per l'eventuale inosservanza) e, per l'altro, con il determinare lacune di tutela, posto che il metodo casistico, soprattutto se portato al parossismo, non potendo raggiungere ogni possibile evenienza, implica difficoltà estreme (se non l'impossibilità) di interpretazioni analogiche (comunque precluse in materia penale) o anche soltanto estensive.

Anche sul versante dell'essenziale attività di controllo e vigilanza le conseguenze dell'assetto normativo disordinato e frammentario nel senso appena sopra precisato e la sua abnorme dimensione producono altresì effetti deleteri. E' infatti di manifesta evidenza che siffatti inappropriati caratteri della disciplina rendono l'attività di controllo intrinsecamente più difficoltosa, rallentandone così lo svolgimento, contribuendo inoltre a incrementarne in modo significativo il grado d'incertezza. Con il poco commendevole esito di decretarne una strutturale quanto sostanziale inefficienza.

La considerazione delle conseguenze dell'elefantiaco sistema di disciplina qui sommariamente riepilogate suggerisce una notazione ulteriore, che riporta a un tema del quale si è ripetutamente detto e che, per certi versi, sintetizza il nucleo problematico essenziale.

Tale complessiva inadeguatezza avvantaggia gli imprenditori meno scrupolosi, che possono beneficiare delle vaste aree di impunità derivanti dalla inefficienza dei controlli, dalle incertezze applicative conseguenti alla farraginosa ipertrofia di una normativa spesso tecnicamente sciatta, oltre che del progressivo affievolimento della percezione dell'effettivo disvalore di condotte invece offensive di beni giuridici di rilievo.

(concetto di sintesi riferibile a tutte le forme di mancata dichiarazione e/o pagamento di imposte e tasse) indicano una media di evasione di oltre 85 miliardi di euro annui nel periodo 2012-2017, riferibili per la gran parte alle imposte sui redditi (in larghissima misura di persone fisiche e in quota più contenuta di società) e all'IVA, risultando meno marcata l'incidenza dei mancati versamenti (nel complesso pari in media a 12 miliardi di euro circa per anno relativamente alle imposte sui redditi e sul valore aggiunto) rispetto a illeciti di tipo 'dichiarativo' (corrispondenti a oltre 60 miliardi di euro annui per quanto concerne i tre principali tributi evasi). Cfr. Relazione sull'economia non osservata e sull'evasione fiscale e contributiva – anno 2019, in www.mef.gov.it. Analoghi ordini di grandezza sono indicati dall'Istituto nazionale di statistica (Istat) nella stima della c.d. economia non osservata, di cui quella 'sommersa' costituisce una species con oltre 95 miliardi di euro di valore medio annuo tra il 2014 e il 2017 per quanto attiene alla "sotto-dichiarazione del valore aggiunto" (id est: comunicazioni volutamente errate del fatturato e/o dei costi). Si v. L'economia non osservata nei conti nazionali – anni 2014-2017 (Report), 15 ottobre 2019, in www.istat.it».

Benefici ai quali si aggiunge, in una paradossale eterogenesi dei fini, l'ulteriore penalizzazione di quelli (la maggioranza) che, orientati e predisposti al rispetto della legalità, si trovano a dover sostenere i costi (sovente gravosi) necessari per il rispetto dell'ipertrofica normativa. Un risultato paradossale, che favorisce invece di contrastare, la criminalità/devianza d'impresa, attraverso la creazione di condizioni che permettono una concorrenza sleale generata, in ultima analisi, dalla legge.

Ma questa sconfortante notazione non ha certo il carattere della novità: la questione, nella sua complessità, era stata molti decenni orsono perfettamente còlta da Cesare Pedrazzi, che, proprio con riguardo a problemi di assetti normativi (seppur di diversa origine e natura), scriveva che da tali situazioni traggono vantaggio «gli imprenditori meno scrupolosi, più pronti ad assumersi il rischio della sanzione penale»[97]. Senza dimenticare che questa strutturale inadeguatezza, incidendo in modo diretto sulla effettività del comparto sanzionatorio nel suo momento applicativo, reca con sé un ulteriore contributo all'impoverimento della funzione conformativa della legge.

[97] Così C. PEDRAZZI, *Diritto penale*, I, *Scritti di parte generale*, cit. 441.