



---

UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI BRESCIA

DOTTORATO DI RICERCA IN Business and Law - Istituzioni e impresa:  
valore, regole e responsabilità sociale

---

DIPARTIMENTO DI Economia e Management

IUS/17 – Diritto penale

CICLO

---

XXXVII°

Il diritto penale d'impresa e la nozione di rischio

Dott. Pier Francesco Zari

Prof. Luca M. Masera

Prof. Luigi Ardizzone

*Numquam periculum sine periculo vincitur*

*Sententia n. 568, Sententiae*

Publilio Siro

## Sommario

<b>Capitolo primo – Rischio e diritto penale .....</b>	<b>6</b>
<b>§ 1. Il diritto penale del rischio, il rischio nel diritto penale, il rischio del diritto penale e le definizioni di rischio e pericolo .....</b>	<b>6</b>
<b>§ 1.1. Il diritto penale del rischio e il binomio rischio-sicurezza.....</b>	<b>9</b>
<b>§ 1.2. Il rischio nel diritto penale: le attività lecite pericolose, il rischio consentito e il rapporto con la prevedibilità e le leggi scientifiche .....</b>	<b>15</b>
<b>§ 1.3. Il rischio del diritto penale: la gestione del rischio come modello normativo e la flessibilizzazione delle categorie sostanziali del diritto penale.....</b>	<b>18</b>
<b>§ 1.4. La complessità delle risposte di tutela di fronte alle “sfide della società del rischio” .....</b>	<b>24</b>
<b>Capitolo secondo – L’evoluzione del concetto di rischio nella scienza penalistica .....</b>	<b>32</b>
<b>§ 2.1. L’approccio endosistemico al concetto di rischio .....</b>	<b>34</b>
<b>§ 2.1.1. Lo sviluppo della teoria del rischio e la categoria del “rischio adeguato”.....</b>	<b>40</b>
<b>§ 2.1.2. Gli ulteriori sviluppi della teoria del rischio: il “rischio doloso” come indicatore oggettivo del dolo eventuale .....</b>	<b>45</b>
<b>§ 2.2. Il concetto di rischio nell’approccio esosistemico .....</b>	<b>51</b>
<b>§ 2.2.1. I differenti modelli di società del rischio e la dinamica della relazione tra rischio e diritto penale.....</b>	<b>54</b>
<b>§ 2.2.2. Dal diritto penale “della prevenzione” al diritto penale “dirigistico”: la funzione incriminatrice del rischio e il diritto penale come strumento di previdenza sociale .....</b>	<b>63</b>
<b>§ 2.2.3. Le prime elaborazioni concettuali correlate alla responsabilità penale del produttore.....</b>	<b>71</b>
<b>§ 2.2.4. La responsabilità del produttore in Italia, la rilevanza ermeneutica e incriminatrice del concetto di rischio .....</b>	<b>76</b>
<b>§ 2.2.5. Il rischio come fattore distorsivo del sistema penale .....</b>	<b>80</b>

<b>Capitolo terzo – Rischio d’impresa e rischio penale. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi .....</b>	<b>86</b>
<b>§ 3. Impresa e rischio: il fallimento/liquidazione giudiziale come risultato di un rischio eccessivo .....</b>	<b>88</b>
<b>§ 3.1. I profili oggettivi di responsabilità penale nel contesto del diritto penale fallimentare .....</b>	<b>91</b>
<b>§ 3.2. I profili soggettivi di responsabilità penale nel contesto del diritto penale fallimentare .....</b>	<b>93</b>
<b>§ 3.3. La <i>business judgment rule</i> .....</b>	<b>98</b>
<b>§ 3.4. La sindacabilità in sede penale della scelta imprenditoriale.....</b>	<b>104</b>
<b>§ 3.5. Le coordinate giuridiche del controllo giudiziale sulle scelte imprenditoriali .....</b>	<b>108</b>
<b>§ 3.6. La qualifica e l’interesse dell’<i>extraneus</i> .....</b>	<b>110</b>
<b>§ 3.7. La prevalenza dell’interesse dell’impresa e di quello creditorio nel processo decisionale imprenditoriale .....</b>	<b>113</b>
<b>§ 3.8. Il ruolo delle condizioni economiche dell’impresa nel contesto del rischio penale.....</b>	<b>118</b>
<b>Capitolo quarto – Un’introduzione alla responsabilità punitiva degli enti: le intersezioni dell’elemento organizzativo con il rischio-reato .....</b>	<b>126</b>
<b>§ 4.1. Premessa: una comparazione giuridico-filosofica tra uomo ed ente ...</b>	<b>127</b>
<b>§ 4.2. Il rapporto tra uomo ed ente nel contesto dei modelli di responsabilità .....</b>	<b>128</b>
<b>§ 4.3. Tipologie di modelli di responsabilità dell’ente.....</b>	<b>130</b>
<b>§ 4.4. Il rapporto tra le caratteristiche del modello di responsabilità e l’ordinamento giuridico nel suo complesso .....</b>	<b>133</b>
<b>§ 4.5. Il concetto di organizzazione (tra modello antropomorfo e modello dualistico) e la colpa di organizzazione per minimizzare il rischio-reato (tra cautelare e cautelativo) .....</b>	<b>134</b>
<b>§ 4.6. Le contraddizioni e le prospettive future della responsabilità degli enti .....</b>	<b>138</b>
<b>Capitolo quinto – Osservazioni conclusive.....</b>	<b>143</b>

<b>Bibliografia</b> .....	151
---------------------------	-----

## Capitolo primo – Rischio e diritto penale

---

**Indice:** § 1. Il diritto penale del rischio, il rischio nel diritto penale, il rischio del diritto penale e le definizioni di rischio e pericolo - § 1.1. Il diritto penale del rischio e il binomio rischio-sicurezza - § 1.2. Il rischio nel diritto penale: le attività lecite pericolose, il rischio consentito e il rapporto con la prevedibilità e le leggi scientifiche - § 1.3. Il rischio del diritto penale: la gestione del rischio come modello normativo e la flessibilizzazione delle categorie sostanziali del diritto penale - § 1.4. La complessità delle risposte di tutela di fronte alle “sfide della società del rischio”

---

### **§ 1. Il diritto penale del rischio, il rischio nel diritto penale, il rischio del diritto penale e le definizioni di rischio e pericolo**

L’assetto socio-giuridico emerso dal passaggio di millennio sembra essere influenzato da alcune oscillazioni derivanti dalla collocazione del concetto di rischio. Tale elemento sembra, infatti, appartenere pacificamente al lessico di dottrina, giurisprudenza e legislazione penale<sup>1</sup>, pur permanendo la questione se questo possa essere ricompreso nel diritto penale in senso proprio. La scienza penalistica, più in generale, sembra utilizzare il termine in diverse accezioni e in vari ambiti. Nella nozione di rischio consentito. Nella teoria d’imputazione obiettiva dell’evento. Con riferimento al dolo eventuale. Nella spiegazione della causalità dell’omissione. Riguardo alla misura oggettiva della colpa. L’omnicomprensività del concetto di rischio sta alla base di molteplici interrogativi. Per un verso, non sembra possibile effettuare una distinzione vera e propria volta a ricondurlo a una concezione unitaria nell’ambito del diritto penale per via dell’eterogeneità dei settori di applicazione. Per altro verso, sul piano lessicale esso risente di alcune contaminazioni con il contiguo concetto di pericolo. Qualora poi, da un lato, il concetto di rischio pare possedere una rilevanza autonoma in prospettiva penalistica, resta, dall’altro lato, ancora da capire se sia possibile attribuirgli un significato tale da sancirne la possibile sussunzione nell’alveo della teoria del reato, così distinguendolo da altri istituti.

Una prima possibile concretizzazione del concetto di rischio in diritto penale, infatti, può essere di tipo politico-criminale, livello in cui il diritto penale del rischio opererebbe su un piano descrittivo a delineare un modello ordinamentale che ha

---

<sup>1</sup> “Una categoria per la diagnosi dei tempi a scopo critico-culturale” la definisce F. HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio, Prospettive al di là del diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo*, L. STORTONI, L. FOFFANI (cur.), Milano, 2004, p. 357. Questa è la prospettiva offerta in V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società, Essays in Honour of Nestor Courakis, Ant. N. Sakkoulas Publications L.P.*, 2017, p. 223 ss.

superato l'illecito penale basato sull'evento di lesione, anche di pericolo (in special modo concreto). In questa prospettiva, dunque, le analisi dovrebbero fondarsi sulla ricognizione della funzione del rischio nella società contemporanea, nel cui ambito non rileva più tanto l'offesa di lesione dei beni giuridici tutelati, quanto l'anticipazione della tutela penalistica a differenti gradi. Questo sarebbe, nell'opinione di parte della dottrina, l'ambito proprio del diritto penale del rischio<sup>2</sup>.

Un secondo ambito di rilevanza penalistica del rischio può invece avere natura maggiormente dogmatica e rappresenterebbe un criterio normativo che opera come filtro valutativo della causalità naturalistica, piano in cui assume rilevanza il tipo penale nell'ambito dell'imputazione obiettiva dell'evento. In questa ricostruzione, sempre nell'opinione della medesima dottrina, il rischio si inscriverebbe all'interno di una struttura del reato in cui sia la lesione effettiva, che il pericolo concreto sono in grado di coesistere nella conformazione della disposizione incriminatrice. Il concetto di rischio, così, opererebbe una "riduzione teleologica" della stessa struttura del tipo, tale da creare un fenomeno sintetizzabile con la formula di rischio nel diritto penale<sup>3</sup>.

Una terza possibile concretizzazione può, infine, riferire il rischio allo stesso diritto penale e al reato, che ne è unità costitutiva essenziale. In tale ambito il rischio non opererebbe sul contenuto o sui requisiti del diritto penale, ma si rivolgerebbe all'applicabilità del diritto penale stesso. Il rischio verrebbe, cioè, a riferirsi al soggetto del fatto di reato (l'autore) e non atterrebbe più alle caratteristiche dell'offesa realizzata (dunque, a quelle della persona offesa), con ciò potendosi parlare di rischio del diritto penale.

Su ogni possibile interazione tra il sistema del diritto penale e il concetto di rischio si erge la questione della definizione della sua nozione logica, consistendo questa nella probabilità di un evento<sup>4</sup>. Il rischio, infatti, sembra consistere in ogni tipo di evento,

---

<sup>2</sup> Si tratta del *Risikostrafrecht* quale "teoria critica del moderno sviluppo del diritto penale", come la descrive L. KUHLEN, in *Goltdammers Arkiv fuer Strafrecht*, 1994, p. 347. In un diritto penale così costruito, la funzione centrale diventa il controllo del rischio, più che la repressione del danno (B. BRUENHOBER, *Von der Unrechtsahndung zur Risikosteuerung durch Strafrecht und ihre Schranken*, in *Streitbare Strafrechtswissenschaft*, F.S. SCHUENEMANN, R. HEFENDEHL ED AL. (cur.), Berlino, 2014, p. 3 ss.).

<sup>3</sup> A questa accezione della nozione si possono ricondurre i lavori di J. WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem*, Berlino, 1981 e W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, Köln, 1983; ID., *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung*, Heidelberg, 1988.

<sup>4</sup> Sul punto, è intervenuto in questi termini anche C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in *Criminalia*, 2012, p. 383 ss.

tanto in negativo (come il verificarsi di un danno), quanto, seppur meno frequentemente, in positivo (con la possibilità di un evento positivo). Allo stesso tempo, il pericolo sembra rientrare nella stessa definizione, da intendersi come probabilità di un evento futuro, parendo però preludere ad una connotazione negativa dell'evento. In una prospettiva dogmatica, inoltre, è possibile rilevare che, con riguardo al rischio, il riferimento valutativo-temporale è prevalentemente *ex ante*, in particolare rispetto ad una effettiva lesione del bene giuridico protetto. Dunque, il relativo riferimento logico è funzionale a relazionare i due stati verificando se l'evento di reato rientri nella classe di eventi la cui probabilità era stata originariamente creata dalla condotta del soggetto attivo. Il pericolo, invece, esprimerebbe un livello di lesione al bene giuridico tutelato che non si è ancora realizzato in modo distinto dalla condotta stessa (come, ad esempio, nel delitto tentato), rimanendo perciò una “probabilità non confermata dal decorso reale degli eventi”<sup>5</sup>.

Finora, è stato, dunque, possibile affermare che rischio e pericolo indicassero una situazione da cui può derivare un danno o una lesione al bene giuridico e che l'operazione volta a distinguerli portasse ad una diversificazione dei doveri di intervento precauzionale in una situazione concernente il pericolo, oppure ad un appello al legislatore o alla pubblica amministrazione in caso di rischio. Sotto altro profilo, è possibile osservare che, mentre il concetto di “pericolo” è noto alla legislazione penale italiana (consentendo di prevedere, sia nel codice penale che nella legislazione complementare, reati detti “di pericolo”), il concetto di “rischio” sembra costituire più un espediente dottrinale volto o a caratterizzare una teoria sulla causalità

---

<sup>5</sup> Il concetto di rischio è, invece, successivo all'affiorare del concetto di pericolo, senza che le due nozioni si sovrappongano: da quel momento, la rilevanza del rischio nel diritto penale ha continuato a svilupparsi, fino a ricoprire il triplice significato *supra* evidenziato. Tuttavia, la correlazione con il concetto di pericolo rimane comune ed è frequente che le due nozioni vengano usate quali sinonimi. La dottrina, peraltro, non ha ancora chiarito la relazione che intercorre tra i concetti di “rischio” e di “pericolo”. In proposito, si consideri che vi sono Autori per cui tra rischio e pericolo intercorre “una differenza di tipo qualitativo” (così V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, p. 17 ss. che ritiene che il rischio riguardi la condotta e il pericolo riguardi l'evento); vi sono, inoltre, Autori che propendono, invece, per una differenza di tipo esclusivamente quantitativo ritenendo che “il ‘pericolo’ null'altro è se non un ‘rischio’ caratterizzato da un'alta possibilità di verifica del danno all'interesse considerato” (sic G. MARINI, “*Rischio consentito*” e tipicità della condotta. *Riflessioni*, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari, 1994, vol. II, p. 539 ss., in particolare, p. 542 ss.). Per l'opzione quantitativa optava anche C. PERINI, *Prospettive del concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Garbagnate Milanese, 2002, p. 17. Tuttavia, nel più recente saggio C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010 (in particolare, pp. 42, 63, 371 ss.), l'Autrice ritiene sia il rischio, che il pericolo sinonimi: mentre il pericolo, dunque, consisterebbe nella “probabilità” o nella “rilevante possibilità” della verifica dell'evento dannoso, il rischio atterrebbe all'area del “possibile”, e consisterebbe cioè nel “preveduto”, per quanto riguarda il dolo, e nel “prevedibile”, per quanto riguarda la colpa.

(imputazione oggettiva dell'evento, o "teoria del rischio") o a individuare un indirizzo giurisprudenziale che ritiene sufficienti percentuali minime di probabilità per ricollegare causalmente l'evento alla condotta (c.d. "aumento del rischio"). In ogni caso, il legislatore ha deciso di positivizzare i concetti di rischio e di pericolo, anche se soltanto ai fini della tutela della salute e della sicurezza nell'ambiente di lavoro<sup>6</sup>: tali nozioni possono, tuttavia, trovare applicazione anche all'esterno del settore in cui erano state originariamente intese (per esempio, al settore ambientale). In diritto penale, rimane allora da chiedersi se il concetto di rischio abbia effettivamente connotati quantitativi e se l'intento del legislatore sia stato quello di operare una distinzione tra vicende che necessitano di misure coercitive (penali o amministrative) e vicende che hanno riguardo in via esclusiva all'attività del legislatore e della pubblica amministrazione. In questa prospettiva, sarebbe arduo inquadrare il rischio nel principio di precauzione, soprattutto nei casi in cui il pericolo sia esclusivamente "congetturale" dal momento che vi è pur sempre una probabilità di un evento offensivo, e quindi di un danno<sup>7</sup>.

### **§ 1.1. Il diritto penale del rischio e il binomio rischio-sicurezza**

Se, dunque, la società si connota sempre di più per la presenza e rilevanza del rischio, il diritto penale non può che riflettere tale fenomeno<sup>8</sup>. Come accade anche nel diritto penale del nemico e nel diritto penale moderno, e così anche nel diritto penale del cittadino e nel diritto penale classico, anche nel diritto penale del rischio è registrabile una limitata capacità di definizione dei propri tratti di autonomia concettuale. In particolare, sul concetto di rischio si addensano questioni sulla rilevanza della relativa definizione penalistica, ma anche sul confronto con più

---

<sup>6</sup> L'art. 2, lett. r) del D.Lgs. n. 81/2008 (tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro) descrive il "pericolo" come "proprietà o qualità intrinseca di un determinato fattore avente il potenziale di causare danni"; la lettera s) definisce il "rischio" come "probabilità di raggiungimento del livello potenziale di danno nelle condizioni di impiego o di esposizione ad un determinato fattore o agente oppure alla loro combinazione". Dunque, dalle definizioni normative discende che il pericolo esprimerebbe la sussistenza di un danno quantomeno potenziale, mentre il rischio, in un sistema del genere, designerebbe la probabilità di una situazione potenziale di danno. In definitiva, le due definizioni si distinguerebbero su un livello quantitativo, pur caratterizzandosi per peculiarità omogenee in quanto il pericolo consiste in una probabilità di danno, mentre il rischio si connota per la dinamica sussistenza di una situazione di presumibilità di un evento dannoso.

<sup>7</sup> Sul punto, C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in *Criminalia*, 2012, p. 383 ss.

<sup>8</sup> Sul relativo collegamento C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa, prove tecniche di "diritto penale del rischio"*, in *RIDPP*, 1997, p. 1474 ss.; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

strutturate definizioni extra-penalistiche. Nella prospettiva del diritto penale del rischio, tale fenomeno è riconducibile ad una sempre più pressante rilevanza della sicurezza sia a livello sociale, che comunicativo. La sicurezza è, infatti, il riflesso del rischio e una società del rischio che tende a salvaguardare la sicurezza si riflette necessariamente sul sistema dei valori tutelati dall'ordinamento giuridico. In tale contesto, al diritto si chiedono gli strumenti che possano offrire la più rigorosa garanzia dei valori dominanti per agevolare la piena attuazione delle scelte individuali<sup>9</sup>. Proprio perché sceglie i fini da perseguire, l'individuo esercita il potere e assume la responsabilità dell'iniziativa: scelta del fine e rischio del successo o dell'insuccesso formano, dunque, uguali parti di un unico scacchiere. In questa luce, perciò, si precisa già lo spazio riservato al diritto, che non è di scegliere i fini, né di comandarli o suggerirli ai singoli, ma di predisporre gli strumenti necessari affinché ciascuno possa conseguire gli scopi considerati. L'individuo che decide di esercitare un'attività (industria, commercio o professione), affrontandone vantaggi e svantaggi, può contare su un quadro, già certo e noto, di garanzie legali<sup>10</sup>. La sicurezza non riguarda il raggiungimento del fine, ma le condizioni per cui ciascuno può attendersi un certo uso del potere coercitivo dello Stato. Il diritto fissa le regole del gioco, generali e astratte, che saranno utilizzate da persone ignote, per scopi ed in circostanze particolari del tutto imprevedibili in una prospettiva *ex ante*<sup>11</sup>.

E allora la sicurezza è il “risvolto della diffusione qualitativa e quantitativa dei rischi nelle società contemporanee”, nella specie occidentali<sup>12</sup>. D'altra parte, la tutela di fondamentali libertà nei rispettivi ordinamenti pone anche il problema della legittimazione del diritto penale stesso, di frequente accompagnato da una possibile compressione delle libertà fondamentali nel contesto di varie politiche di sicurezza<sup>13</sup>. Dunque, l'interrogativo principale sembra essere se la società del rischio abbia realmente bisogno di un diritto penale del rischio a garanzia anticipata della sicurezza. La risposta varia a seconda del profilo di rilevanza prescelto, empirico o valutativo<sup>14</sup>. Dalla prospettiva empirica, la risposta è positiva: a livello legislativo, il ricorso

---

<sup>9</sup> Sul punto, si veda N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 1999, Giuffrè editore, Milano, p. 22, che riprende F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, tradotto da R. COSTANZI con il titolo *Verso la schiavitù*, Milano, 1948, p. 64 ss.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società*, *Essays in Honour of Nestor Courakis*, Ant. N. Sakkoulas Publications L.P., 2017, p. 223 ss.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

costante al diritto penale rappresenta non l'*extrema ratio*, ma una delle principali misure di opposizione alla criminalità. Si inverte in questo modo il significato del principio di sussidiarietà del diritto penale rispetto agli strumenti di controllo parapenali, che, perciò, si allineano alle disposizioni penalistiche nella prospettiva di un loro maggior grado di effettività. Sostanzialmente, la garanzia della sicurezza si inserisce in un quadro di sempre maggiore attrazione nel diritto penale degli ambiti di tutela prescelti dal legislatore. Passando, tuttavia, dal piano descrittivo a quello valutativo, si assiste ad un differente panorama di conciliabilità tra ordinamento penale e sicurezza: da un lato, infatti, il fatto che la sicurezza inerisca ai compiti fondamentali di uno Stato è un assunto ormai pacifico nella concezione di Stato moderno<sup>15</sup>; dall'altro lato, al fine di realizzare questo obiettivo è stato ritenuto possibile il ricorso agli strumenti propri del diritto penale, ciò essendo dimostrato dalla esistenza di specifiche norme fin dall'epoca dei codici del liberalismo classico<sup>16</sup>. Se il diritto penale fosse, dunque, escluso dal ruolo di salvaguardia dei rischi, la relativa tutela non rimarrebbe nelle mani della sola attività amministrativa e di polizia, ma sarebbe anche controllata da forme privatistiche di prevenzione: la propagazione di forme di polizia alternative darebbe adito, tuttavia, ad ineludibili sproporzioni nella concreta tutela delle situazioni giuridiche soggettive individuali e collettive, rafforzando i caratteri plutocratici di gestione e prevenzione del rischio in ambito strettamente penale. Riguardo a questo ultimo profilo, infatti, per riconoscere un fondamento costituzionale alla sicurezza è sufficiente il riferimento al principio costituzionale di uguaglianza formale per legittimare l'interessamento pubblico<sup>17</sup>.

Più in generale, non è possibile restringere l'attuale novero dei diritti fondamentali della persona ai soli "diritti del singolo contro aggressioni dei poteri pubblici", dal momento che successivamente è emerso un ruolo dello Stato anche come soggetto che

---

<sup>15</sup> E questo già nel pensiero di T. HOBBS. In particolare, T. HOBBS, *Leviathan*, Cap XIII, XVII.

<sup>16</sup> In Italia ne sono esempio i delitti contro lo Stato nel codice liberale del 1885: la scienza penalistica non può solo "esercitare una critica radicale alla sicurezza, da intendersi quindi come primario compito del diritto penale". È la posizione di W. NAUCKE ribadita di recente in *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in *Sicurezza e diritto penale*, M. DONINI, M. PAVARINI (cur.), Bologna, 2011.

<sup>17</sup> Tuttavia, il ricorso al diritto penale "evidenzia un paradosso del rapporto fra sicurezza e libertà dei cittadini ed è stato in proposito rilevato che la concentrazione del potere coercitivo penale rende lo Stato al contempo una garanzia ed una minaccia per la sicurezza dei cittadini". In particolare, R.C. HANSCHITZ, *Sicherheit - Mythos der Moderne. Eine Phänomenologie der Fahrlässigkeit*, Friburgo 2005, p. 121 ss. Si tratta peraltro di verità "non certo esclusiva del problema della sicurezza, quanto piuttosto immanente al diritto penale *tout court*, ossia la 'tutela di beni giuridici mediante lesione di beni giuridici'", come è noto dai tempi di FRANZ VON LISZT.

ne promuove attivamente la tutela<sup>18</sup>. Viene così confermata l'esistenza di un rapporto obbligato fra sicurezza e libertà, ma non si indica né quale sia il punto di equilibrio, né soprattutto a quale soglia debba arrestarsi l'intervento dal diritto penale, non potendosi nemmeno accordare alla sicurezza "uno *status* di macro-bene collettivo, tale da consentire un intervento penale limitato solo dai contingenti bisogni punitivi di volta in volta concretizzabili nei settori più diversi"<sup>19</sup>. La sicurezza, invece, costituisce il minimo comun denominatore di un bisogno di protezione sia individuale, che collettivo in plurimi ambiti del vivere contemporaneo e, relativamente a ciascuno dei beni giuridici oggetto di tutela, si avverte la necessità di accertare quanto il diritto penale possa risultare legittimato a intervenire per la prevenzione anche dei pericoli, in una prospettiva di anticipazione della salvaguardia giuridica. In proposito, non rileva solo l'adozione di criteri razionali di politica criminale, come la proporzionalità fra bene oggetto di tutela, livello del pericolo e reazione penale, ma anche il rispetto dei principi costituzionali, come quello di personalità della responsabilità penale e di riserva di legge<sup>20</sup>. Nell'attuale assetto ordinamentale sono, perciò, individuabili disposizioni legislative e orientamenti giurisprudenziali in dissonanza con i principi cardinali dell'ordinamento penale, essendo, peraltro, emerso un elemento ricorrente nell'ambito della valorizzazione sotto il profilo penalistico della società del rischio (c.d. *Risikogesellschaft*). Si fa, in particolare, riferimento alle frammentazioni indotte nel diritto penale dalla sua funzionalizzazione come "sistema preposto alla minimizzazione dei rischi tipici del contesto sociale" di riferimento<sup>21</sup>.

Un primo elemento è, dunque, rappresentato dalle dinamiche politico-criminali, peculiari della "società del rischio", che sono all'origine della "trasmutazione del diritto penale dei codici"<sup>22</sup>. Le recenti necessità di tutela, che emergono di fronte alle

---

<sup>18</sup> Di ciò, "la Costituzione Italiana fornisce indicazione grazie all'affiancamento del principio dell'eguaglianza formale dei cittadini di fronte alla legge (art. 3, comma 1) con la prospettiva sostanziale, che impegna lo Stato a rimuovere gli ostacoli che impediscono la concretizzazione della parità formale (art. 3, comma 2)". Sul punto, V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società, Essays in Honour of Nestor Courakis, Ant. N. Sakkoulas Publications L.P.*, 2017, p. 223 ss.

<sup>19</sup> Si veda V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società, Essays in Honour of Nestor Courakis, Ant. N. Sakkoulas Publications L.P.*, 2017, p. 223 ss.

<sup>20</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società, Essays in Honour of Nestor Courakis, Ant. N. Sakkoulas Publications L.P.*, 2017, p. 223 ss.

<sup>21</sup> Per tutti C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004; nonché C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

<sup>22</sup> Sul punto, C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1994, p. 1220 ss.

peculiarità della società del rischio, condividono il concetto di insicurezza e, in particolare, di insicurezza collettiva, della quale è, allo stesso tempo, coefficiente congenito e rappresentazione la “vittimizzazione di massa”<sup>23</sup>. Il concetto di “insicurezza collettiva”, tuttavia, sembra essere poco definito e influenzato da componenti emotive riconducibili ai “discorsi della paura”<sup>24</sup>, che vengono selezionati per ragioni contingenti di opportunità<sup>25</sup>. Peraltro, l’insicurezza collettiva, da intendersi soggettivamente (cioè quale “senso di insicurezza”<sup>26</sup>), non si connota unitariamente sotto i versanti dei contenuti e della dinamica, essendo, invece, rivolta a vari settori politico-criminali, di per sé non necessariamente omogenei, né coincidenti sotto il profilo delle risposte di tutela fornite dal legislatore e dalla giurisprudenza penali<sup>27</sup>. Il fatto è che, nel contesto di tale polivalenza, è plausibile accorgersi di un nesso tra le peculiarità dell’insicurezza collettiva tipica della “società del rischio” e le alterazioni proprie del “diritto penale (della società) del rischio”<sup>28</sup>. Il presupposto è che la c.d. *Risikogesellschaft* si abbinì ad una insicurezza collettiva rappresentata dai settori di tutela di volta in volta presi in esame, che di frequente ricadono nell’area del c.d. “rischio consentito” (c.d. *erlaubtes Risiko*) e, più in particolare, della colpa penale<sup>29</sup>.

In una prospettiva ancor più generale, sorge una questione rimasta finora sullo sfondo: prescindendo infatti da profili semantici del termine “rischio”, che si presta a diverse declinazioni<sup>30</sup>, e dai significati che questo assume nel contesto del diritto penale, occorre verificare attualmente l’effettività della capacità rappresentativa del modello della società del rischio, strutturato in modo tale da approntare tutele avverso gli effetti disfunzionali dello sviluppo tecnologico-industriale dell’ultima parte del

---

<sup>23</sup> In questo senso, è fisiologico considerare l’epidemiologia come “supporto epistemologico”. Si veda L. MASERA, *Ancora sulla qualificazione penalistica dell’evidenza epidemiologica. Perché anche nella società del rischio è legittimo il ricorso al diritto penale d’evento*, in *Quest. Giust.* (ed. on-line), 10 marzo 2017.

<sup>24</sup> In tema, D.L. ALTHEIDE, *I mass media, il crimine e il ‘discorso di paura’*, in G. FORTI, M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005, p. 287 ss.; Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma-Bari, 2006, *passim*; Id., *Vita liquida*, Roma-Bari, 2005, p. 70 ss.

<sup>25</sup> Anzitutto, politica. In tema, D. CAMPUS, *Comunicazione politica. Le nuove frontiere*, Roma-Bari, 2008, p. 23 ss., p. 85 ss.

<sup>26</sup> Sul punto, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 532.

<sup>27</sup> Sul punto, C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella “società del rischio”*, in AA.VV., *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”. Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (a cura di), 2017, Torino e in *Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2018.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*. E ciò dai reati contro l’incolunità pubblica ai reati contro l’ambiente, alla responsabilità per danno da prodotto, alla responsabilità medica.

<sup>30</sup> Sul punto, si rinvia a C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 185 ss.

ventesimo secolo<sup>31</sup>. In proposito, infatti, è stato affermato che le tensioni sistemiche percepibili nell'odierno quadro sociale<sup>32</sup> non possano essere completamente ricondotte al contesto sociale post-industriale<sup>33</sup>. Ciò anche perché, nel rilevare la differenza che intercorre tra l'insicurezza collettiva propria della "società del rischio" e gli altri tipi di insicurezza collettiva, risultano decisivi, da un lato, ciò che sta alla base della coscienza sociale della insicurezza collettiva che fonda la società del rischio e, dall'altro lato, la funzione della collettività – da intendersi quale "pubblica opinione" – nell'evoluzione del consenso sociale<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Sul punto, per tutti U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, p. 14 ss.

<sup>32</sup> Qui da intendere in senso luhmanniano, N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, Bologna, 1990 (ed. orig. 1981), p. 175 ss.

<sup>33</sup> Gli studi, contemporanei rispetto al tema della "società del rischio, sul c.d. "panico morale" confermano la coesistenza di "spiralì" diverse di insicurezza collettiva (in proposito, S. COHEN, *Folks Devils and Moral Panics*, UK, 1972, III Ed. 2002; E. GOODE, N. BEN-YEHUDA, *Moral Panics: The Social Construction of Deviance*, USA, 1994). *Moral panic* è stata, infatti, definita "l'insicurezza collettiva suscitata da alcune forme di criminalità come, emblematicamente, l'abuso su minori, la criminalità urbana" (su cui si veda anche, sulla "criminalità da strada", C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 913 ss.), "la delinquenza giovanile, ma anche il traffico di stupefacenti e l'immigrazione clandestina" (sul punto, C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella "società del rischio"*, in AA.VV., *Il diritto penale di fronte alle sfide della "società del rischio". Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (a cura di), 2017, Torino e in *Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2018). In questa ottica, si possono individuare alcune peculiarità che ricorrono sempre nell'innescò di insicurezza collettiva di "panico morale", che sono: (a) "una campagna mediatica mirata sull'oggetto del 'panico morale', tale da collocarlo ai primi posti della *agenda setting* con il conseguente processo di enfasi e distorsione tipico dell'azione dei *mass media*" (in taluni casi, manipolata dalle agenzie del controllo; per cui si veda anche C. E. PALIERO, *La maschera e il volto: percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 490 ss.); (b) "l'intervento dirigistico (rispetto agli altri attori del dibattito politico-criminale) di 'gruppi esponenziali' riconducibili alla categoria dei c.d. 'imprenditori di moralità', ossia individui o gruppi che fomentano strumentalmente la spirale di insicurezza collettiva nel contesto di campagne dirette a sradicare il comportamento catalogato come pericoloso o immorale"; (c) "l'incremento del livello di ostilità nei confronti dei soggetti o dei gruppi qualificati come 'devianti', i quali vengono globalmente definiti come il nemico (o uno dei nemici) della 'società rispettabile'".

<sup>34</sup> Con riguardo al primo aspetto (i), "l'insicurezza che anima la 'società del rischio' ha fondamentalmente una matrice criminologica colposa, come indirettamente confermato dai campi di tutela considerati, che hanno spaziato tra la colpa della persona fisica e la colpa di organizzazione, la precauzione, ecc." e "simile caratteristica è in linea con la fisionomia strutturale della 'società del rischio', così come formalizzata nel modello di BECK". Per un verso, infatti, "il rischio (che, in questo contesto, è rischio tecnologico) è auto-prodotto dall'organizzazione sociale nelle attività – pur pericolose – che essa quotidianamente e necessariamente svolge: si tratta delle c.d. "attività pericolose socialmente utili" che, come noto, popolano il campo del 'rischio consentito'; per altro verso, "in caso di avveramento del rischio, la società è (pre)destinata a risultare vittima di eventi avversi – paradossalmente – commessi da quanti hanno contribuito (sino ad allora e continueranno in futuro) al funzionamento della società stessa nei territori dell'*erlaubtes Risiko*". Con riguardo al secondo aspetto (ii), "un attore fondamentale del dibattito politico-criminale, capace di influenzare tanto il legislatore quanto la giurisprudenza, è l'opinione pubblica (la 'comunità') che mantiene nei territori considerati dalla rilettura in chiave penalistica della 'società del rischio' una posizione ambigua: quale interprete del consenso sociale, infatti, essa oscilla identificandosi talora con la vittima, quanto anche con l'autore delle forme di criminalità tipiche della *Risikogesellschaft*". E ciò si riflette "sui 'bisogni di tutela' che la comunità avverte e quindi sulla 'domanda di pena' che essa rivolge al sistema penale e che sarà

## § 1.2. Il rischio nel diritto penale: le attività lecite pericolose, il rischio consentito e il rapporto con la prevedibilità e le leggi scientifiche

Nell'ambito del diritto penale, in ogni caso, occorre rilevare che ogni attività umana presenta una soglia relativa di rischio; in alcune attività le potenzialità di danno, anche se di rara verifica, risultano persino ineliminabili<sup>35</sup>. Ciò nonostante, l'ordinamento ne permette lo svolgimento, anche in virtù di un certo livello di utilità sociale, nell'orbita del c.d. "rischio consentito". Questo è un concetto che, tuttavia, non risulta ancora ben definito da un punto di vista teorico<sup>36</sup>. Quando si parla di "rischio consentito", in particolare, si può avere riguardo anche all'attività che, alternativamente, è permessa o inibita per ragioni economiche o commerciali ovvero per ragioni scientifiche<sup>37</sup>. Più in generale, è possibile osservare che, nelle attività pericolose, più un evento dannoso è prevedibile, meno esso risulta prevenibile, mentre

---

eventualmente raccolta dal legislatore e dai responsabili del *law enforcement* (come le diverse agenzie del controllo formale, tra le quali *in primis* la magistratura)". Sul punto, C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella "società del rischio"*, in AA.VV., *Il diritto penale di fronte alle sfide della "società del rischio". Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (a cura di), 2017, Torino e in *Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2018.

<sup>35</sup> Su questi aspetti, si veda G. MARINI, *"Rischio consentito" e tipicità della condotta, Riflessioni, in Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari, 1994, vol. II, p. 539 ss., (a p. 545 ss.) che sottolinea che "la 'fascia di rischio' da prendere in considerazione ai fini dell'indagine è mutevole nel tempo per lo sviluppo delle conoscenze e per l'evoluzione tecnologica". Al riguardo, è intervenuto in questi termini anche C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in *Criminalia*, 2012, p. 383 ss.

<sup>36</sup> Anche perché si riscontrano Autori che lo classificano come "elemento autonomo della teoria del reato" e altri che, invece, lo qualificano addirittura come superfluo. Al riguardo, valga il rimando a C. PERINI, *La legislazione penale tra "diritto penale dell'evento" e "diritto penale del rischio"*, in *Legislazione penale*, 2012, p. 120 (in particolare nota 7). Peraltro, anche la definizione di utilità sociale è stata oggetto di controversie in quanto ritenuta "formula vuota" (in particolare, A.R. CASTALDO, *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1096 ss., spec. p. 1098) da chi propone di "renderne più definiti i contorni, ad esempio con il riferimento ai criteri della relatività (l'utilità sociale è relativa ai tempi e alle persone), della legge del minimo mezzo (maggiore è la spinta alla realizzazione dello scopo, quanto minore è il pericolo), dell'opportunità condizionata (alla disponibilità di altre soluzioni, all'incidenza dei costi, alla differibilità nel tempo) e, infine, della legge di reciprocità (come l'utilità elevata giustifica un maggior rischio tollerabile, un rischio elevato incide negativamente sull'utilità)".

<sup>37</sup> Sul punto, è comune, in dottrina, ritenere che "una zona di rischio consentito, sia pure di estensione variabile secondo i casi, accompagna tutte le attività lecite, anche quelle che si ritrovano nelle società pre-industriali" (si veda A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003, p. 301). C'è anche chi propende per una concezione unitaria del concetto di rischio consentito ai fini penali sul rilievo che "non c'è dolo, né colpa, senza violazione di una regola cautelare (unitariamente definita)" (in questo senso L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1053 ss., in particolare p. 1070 ss.), mentre, in una prospettiva diversa e da parte di A.R. CASTALDO, *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1102, si è affermato che "l'intenzionalità dell'offesa, tipica dell'illecito doloso, abbassa il *quorum* di rischi che l'ordinamento è disposto a tollerare, ampliando così l'area del rischio significativo, imputabile all'autore", motivo per cui "una condotta qualificabile come irrilevante in relazione a fatti colposi può diventare quindi giuridicamente apprezzabile se sostenuta da un'intenzionalità lesiva".

il fatto di osservare le regole cautelari corrisponde ad una diminuzione del pericolo, che, tuttavia, non è possibile eliminare del tutto<sup>38</sup>. Al netto delle attività totalmente proibite – in quanto o inutili per la collettività o disutili per la misura del rischio, eccessivo, con esse assunto –, le attività pericolose sono permesse in seguito ad una valutazione comparativa degli interessi ad esse sottesi, consentanea ad un bilanciamento tra il rischio ad esse connaturato e i relativi vantaggi, valorizzando la doverosa conformità delle regole di prevenzione in relazione alla rilevanza dei beni giuridici protetti. In sostanza, un rischio di elevata potenzialità è permesso soltanto per la salvaguardia di beni fondamentali<sup>39</sup>. La valutazione comparativa dei beni giuridici in gioco rappresenta, dunque, l'elemento principale di individuazione del superamento del rischio consentito, che sarà ammissibile soltanto per la salvaguardia di beni giuridici di importanza fondamentale<sup>40</sup>.

Da questo rilievo discende la possibilità di trattare poi il tema del rapporto tra rischio consentito e osservanza delle regole cautelari. È, però, necessario sottolineare fin da subito che il “rischio consentito” non consiste in una mancanza di conformità alle disposizioni cautelari, bensì in un loro consolidamento, anche perché soltanto nell'eventualità di una piena conformità dei comportamenti a tali disposizioni cautelari il rischio può dirsi realmente “consentito”<sup>41</sup>. La conformità alle disposizioni cautelari, infatti, dispensa da responsabilità per le probabilità di danno futuro prevedibili, ma non prevenibili, soltanto qualora l'agente rispetti le norme cautelari anche in caso di inevitabilità dell'evento dannoso. Più in particolare, nel caso in cui l'attività sia proibita, sembra essere presente una sola disposizione cautelare, che consiste nell'astenersi dall'attività stessa: se, infatti, la legge ha vietato una certa attività significa che non è stato possibile ritenere, bilanciando i beni giuridici in gioco, che

---

<sup>38</sup> Secondo una definizione ormai comunemente accettata e proposta da P. VENEZIANI, *Regole cautelari “proprie” ed “improprie” nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, le regole cautelari sono, quindi, “regole cautelari ‘improprie’ quando mirano ad una riduzione del rischio di eventi dannosi, mentre sono ‘proprie’ quelle che consentono di eliminare il rischio”.

<sup>39</sup> Sul punto, C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione delle categorie del reato”*, in *Criminalia*, 2012, p. 383 ss.

<sup>40</sup> È stato anche affermato da C. PERINI, *Prospettive del concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 118, che “la prevedibilità dell'evento dannoso nelle attività pericolose a rischio consentito discende da una valutazione naturalistica, statistica, sociologica delle caratteristiche materiali dell'attività intrapresa”, mentre “la prevedibilità cui rinvia il giudizio di colpa è una nozione normativa nel senso che l'evento è prevedibile, quando l'agente modello può coglierlo in potenza già nel primo disattendere alla cautela dovuta”.

<sup>41</sup> Sul punto, C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione delle categorie del reato”*, in *Criminalia*, 2012, p. 383 ss.

essa fosse socialmente utile o che i vantaggi potessero bilanciare i pericoli<sup>42</sup>. Chi agisce in violazione del divieto, dunque, risponde anche nel caso di rispetto delle disposizioni cautelari. Non vi è poi, in particolare, necessità che l'attività fonte di pericolo sia permessa a livello normativo, perché anche la consuetudine o il riconoscimento tacito della collettività possono fondare il carattere di utilità sociale<sup>43</sup>. Alcune attività rischiose hanno, invece, carattere di obbligatorietà o, comunque, necessità<sup>44</sup>, potendo avvenire talvolta che la necessità dell'intervento comporti una riduzione del livello a cui esigere la conformità delle disposizioni cautelari nell'ambito di un bilanciamento tra costi e benefici. In definitiva, nelle attività pericolose consentite, dal momento che l'evento dannoso è in minor modo prevedibile, e ancor meno evitabile, rispetto alle attività comuni, i livelli di cautela e prevenzione devono essere corrispondentemente idonei a far diminuire il rischio consentito. Quindi, l'ineliminabilità del rischio non equivale ad una riduzione delle garanzie a tutela dei beni giuridici protetti dalla disposizione penale, bensì ad un loro consolidamento secondo presupposti che trovano la loro fonte nella migliore scienza ed esperienza<sup>45</sup>.

L'adozione del criterio della verifica della causalità per individuare la fonte del dovere di prevenzione, tuttavia, rappresenta una traslazione delle disposizioni riguardanti la causalità sul fronte della colpevolezza. Per ciò che concerne la causalità, infatti, l'addebito oggettivo dell'evento dannoso concerne l'imputabilità della condotta colposa al soggetto attivo, dovendosi quindi riscontrare che il fatto sia "suo"<sup>46</sup> (soprattutto in termini di *suitas* della condotta tipica di reato); le disposizioni che disciplinano l'elemento soggettivo hanno, invece, funzione cautelare, richiedendo che "si seguano regole di prevenzione, anche se non è certo ancora che la mancata adozione provochi eventi dannosi"<sup>47</sup>. Seguendo questo ragionamento, pare, dunque, adeguata la conclusione che "la soglia che impone l'adozione della regola cautelare" in una situazione di rischio sia inferiore anche a quella relativa ad una situazione di "addebito oggettivo per il quale, sotto il profilo della causalità, è necessario accertare

---

<sup>42</sup> *Ibidem.*

<sup>43</sup> In questi casi, come è stato affermato in dottrina da O. CUSTODERO, *Spunti di riflessione a margine della responsabilità per colpa*, in *Giust. pen.*, 2006, II, p. 523 ss. (in particolare p. 531), "è ben possibile che si rilevino con maggiore sicurezza e chiarezza le eventuali ipotesi di penale responsabilità per violazione degli obblighi di prudenza e diligenza".

<sup>44</sup> Come nelle attività di contrasto dei disastri o della criminalità, ma anche nell'attività medico chirurgica d'urgenza.

<sup>45</sup> Sul punto, C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in *Criminalia*, 2012, p. 383 ss.

<sup>46</sup> *Ibidem.*

<sup>47</sup> *Ibidem.*

che l'evento non si sarebbe verificato con elevato grado di credibilità razionale se fosse stata seguita la condotta richiesta<sup>48</sup>.

### § 1.3. Il rischio del diritto penale: la gestione del rischio come modello normativo e la flessibilizzazione delle categorie sostanziali del diritto penale

Trattando poi di rischio del diritto penale, si è detto che il rischio non opererebbe sull'oggetto o sui presupposti del diritto penale, ma si rivolgerebbe, in senso più lato e generale, all'applicabilità del diritto penale, con ciò riferendosi primariamente all'agente e non attenendo più alle peculiarità dell'offesa, perciò subordinando la rilevanza della persona offesa a quello del soggetto attivo. Sul punto, è pensiero comune<sup>49</sup> che il c.d. "principio di precauzione" non sia immediatamente efficace nel diritto penale, ma si concreti soprattutto nell'operazione di selezione che il soggetto pubblico è chiamato ad effettuare per regolare, o proibire, certe attività che abbiano determinati e ancora incerti margini di pericolosità<sup>50</sup>. Qualora, tuttavia, la pericolosità di una determinata attività fosse già stata confermata, ci si troverebbe al di fuori del perimetro del principio di precauzione, rientrando così in quello del c.d. "principio di prevenzione"<sup>51</sup>. Questa prospettiva, peraltro, è offerta da un indirizzo dottrinale che

---

<sup>48</sup> Come è stato affermato in dottrina da C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. II, p. 1763, "il principio di colpevolezza sembra rispettato nella misura in cui il soggetto, al momento della condotta, possa seriamente rappresentarsi la rischiosità del suo agire o del suo omettere rispetto a determinati eventi, corrispondenti a quelli poi verificatisi, anche laddove sulla pericolosità della condotta non vi sia, *ex ante*, pieno consenso della comunità scientifica". E la stessa dottrina sottolinea "l'importanza dei *signa facti* quanto alla necessità di adozione di determinate cautele", anche per la concorrenza di determinati altri principi, come quello di precauzione.

<sup>49</sup> Sul punto, C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in *Criminalia*, 2012, p. 383 ss.

<sup>50</sup> Sul principio di precauzione valga il riferimento ai contributi di D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012; ID., *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, Milano, 2011, p. 611 ss.; P. SCEVI, *Principio di precauzione e imputazione colposa*, in *Riv. pen.*, 2011, p. 1095 ss.; C. PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto "a distanza" tra disvalore d'azione e disvalore d'evento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, p. 225 ss.; G. FORTI, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, vol. I, p. 573 ss.; ID., *"Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 155 ss.; C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di G. MARINUCCI*, Milano, 2006, vol. II, p. 1743 ss.; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 227 ss.; A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 9 ss.

<sup>51</sup> È stato detto che "il principio di precauzione sembra avere maggiore agio a operare come criterio di politica legislativa, piuttosto che come nuova dogmatica penale" (F. GIUNTA, *Il diritto penale e le*

considera rilevante anche il processo di “flessibilizzazione dei principi del diritto penale”<sup>52</sup>. In proposito, va rilevato che il principio di precauzione è già stato riconosciuto normativamente sia a livello comunitario<sup>53</sup>, sia a livello di legislazione nazionale, anche se non in norme incriminatrici, ma soltanto per ciò che concerne le finalità che interessano le attività di pubblico interesse<sup>54</sup>. Si può, anzi, registrare una certa omogeneità negli schemi di gestione del rischio a livello legislativo, ove ciascuna forma di applicazione del progresso tecnico-scientifico è associata, in quanto pericolosa, ma socialmente utile, ad un potenziale di offesa che al legislatore non interessa prevenire in assoluto, quanto, invece, amministrare in concomitanza allo svolgimento consentito dell’attività stessa<sup>55</sup>. In altre parole, l’obiettivo della

---

*suggerzioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 229), ma questo non è “un principio indiscusso” e v’è infatti chi sembra orientato per “una diretta efficacia nel diritto penale del principio di precauzione” (C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale, Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi MARINUCCI*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. II, 1748 ss.)

<sup>52</sup> Al riguardo, è necessario precisare che la nozione di “principio di precauzione” viene declinata in modo diverso da chi fornisce “un’interpretazione radicale” (cioè “la regola dell’astensione scatterebbe in presenza di qualunque fattore di rischio potenziale, riguardo al quale la scienza non ha certezza delle conseguenze. L’onere della prova concernente la non rischiosità dell’azione graverebbe sull’agente, che verserebbe *in re illicita* per il solo fatto di avventurarsi nel campo dell’ignoto”) e chi propende per “un’interpretazione moderata”, che “consiste nel prevedere, di fronte a una data attività la cui pericolosità è scientificamente incerta, una alternativa al divieto tombale del suo svolgimento”. Le nozioni risalgono a F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 232 ss.

<sup>53</sup> Sul punto, viene in considerazione l’art. 174 del Trattato CE, il cui comma 2 espressamente prevede che la politica ambientale comunitaria sia “fondata sui principi della precauzione e dell’azione preventiva, sul principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all’ambiente, nonché sul principio ‘chi inquina paga’”. Per una trattazione esaustiva del principio di precauzione nella normativa internazionale e comunitaria si veda G. FORTI, “*Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*”, in *Criminalia*, 2006, p. 160 ss.

<sup>54</sup> Per esempio, l’art. 178, comma 3 del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 – T.U. sull’ambiente – stabilisce che “la gestione dei rifiuti è effettuata conformemente ai principi di precauzione (...)”; principio richiamato anche dall’art. 307 dello stesso T.U. sull’ambiente. Del resto, “la legislazione in materia alimentare ed ambientale (ma in parte anche quella sulla sicurezza del lavoro) è da tempo sostanzialmente ispirata al principio di precauzione quando fissa limiti predeterminati alla presenza negli alimenti di sostanze potenzialmente pericolose per la salute e alle esposizioni che si assumono nocive per la salute umana” (C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione delle categorie del reato”*, in *Criminalia*, 2012, p. 383 ss.). In proposito si può anche fare riferimento al D.Lgs. 8 luglio 2002, n. 224 (in materia di organismi geneticamente modificati) e al D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo: art. 107, commi 4 e 5) che richiamano espressamente il principio di precauzione. Sul punto è stato detto, efficacemente, che “il principio di precauzione si atteggia principalmente a criterio di buona amministrazione; non a caso è principalmente agli enti pubblici che compete attuarlo” (così F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, p. 241) e che “il principio di precauzione tende ad essere impiegato quale *ratio* ispiratrice e criterio di individuazione di regole di condotta che, in prospettiva penalistica, ha natura non cautelare, ma pre-cautelare” (così C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 561). Secondo altri, sembra che il concetto abbia “un significato più ampio perché comprende anche i casi in cui manchi anche la sola evidenza empirica” (C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione delle categorie del reato”*, in *Criminalia*, 2012, p. 383 ss.).

<sup>55</sup> Sul punto, C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione delle categorie del reato”*, in *Criminalia*, 2012, p. 383 ss.

prevenzione non è riferito al rischio in sé, quanto piuttosto all'avveramento del rischio, ossia all'eventualità che esso si traduca in un'offesa di danno o di pericolo concreto per i beni finali oggetto di tutela: in ciò emerge una certa omogeneità in relazione al modello di gestione del rischio, che presenta, per tale motivo, una validità trasversale e si distingue per vari elementi<sup>56</sup>.

In primo luogo, sul rischio in quanto tale, perché il potenziale di offesa associato alla singola attività pericolosa socialmente utile è oggetto di una caratterizzazione specifica in relazione (a) ai beni giuridici esposti al rischio e, dunque, potenzialmente coinvolti dalle conseguenze dannose associate all'avveramento del rischio stesso; (b) alla fonte del rischio, cioè al substrato materiale in cui il potenziale di offesa si concretizza; (c) al vettore del rischio, cioè l'evento che innesca il potenziale di offesa e, al tempo stesso, ne propaga le conseguenze dannose<sup>57</sup>.

In secondo luogo, sui soggetti obbligati alla gestione del rischio, che sono individuati dal legislatore nel vertice dell'attività pericolosa socialmente utile di volta in volta rilevante. In alcuni settori, tuttavia, la posizione di garanzia è articolata al proprio interno e, anziché accollare gli obblighi di gestione del rischio interamente e genericamente al vertice dell'impresa, il modello normativo aderisce all'assetto tipico che l'organizzazione presenta nel campo considerato e per ciascuna "figura-modello" di garante è ritagliato un protocollo comportamentale *ad hoc*<sup>58</sup>. L'articolazione della posizione di garanzia in armonia con l'organizzazione aziendale è funzionale alla definizione il più possibile capillare degli obblighi di condotta e, dunque, ad un adempimento il più possibile puntuale degli stessi nell'ottica di una gestione del rischio complessivamente efficiente e nella stessa direzione, peraltro, si colloca l'estensione della responsabilità *ex crimine* alla persona giuridica per le ipotesi di fallimento del sistema di gestione del rischio connesse all'obbligo di adozione e di efficace attuazione da parte dell'ente di un modello organizzativo specifico per tale potenziale di offesa<sup>59</sup>.

In terzo luogo, sull'articolazione funzionale della gestione del rischio, per cui, in base ai risultati della ricognizione fin qui eseguita, quello di "gestione del rischio" è un concetto di sintesi, che riassume l'obiettivo di tutela perseguito; tuttavia, una volta

---

<sup>56</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 664.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Ciò accade, emblematicamente, per la gestione del rischio nell'ambiente di lavoro con la suddivisione dei compiti tra datore di lavoro, dirigente, preposto e lavoratore. Sul punto si veda C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, pp. 664-665.

<sup>59</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, pp. 664-665.

che ci si concentri sulle modalità di raggiungimento dell'obiettivo, la "gestione del rischio" si scompone generalmente in tre fasi disposte in sequenza, a ciascuna delle quali viene assegnata una funzione in particolare: i) la prima fase c.d. di *risk assessment* (o valutazione del rischio), che impone al privato un obbligo di cognizione del rischio, che risulta permanente e soggetto ad un aggiornamento costante in dipendenza delle eventuali modificazioni dell'organizzazione aziendale o del processo scientifico e a cui si affianca anche un obbligo di comunicazione, che ha per oggetto il rischio immanente all'attività svolta in concreto. Tale obbligo di comunicazione si rivolge generalmente all'esterno dell'impresa e, in particolare, alle autorità amministrative (nazionali o comunitarie) competenti al rilascio del provvedimento di autorizzazione allo svolgimento dell'attività e/o al controllo: in taluni settori, l'obbligo di comunicazione è poi anche interno all'impresa, a vantaggio delle diverse figure impegnate nell'organizzazione aziendale<sup>60</sup>; ii) la seconda fase c.d. di *risk management* (o di gestione del rischio in senso stretto), che impone al privato obblighi di neutralizzazione, diminuzione o non aggravamento del rischio, il cui contenuto dipende dai risultati della precedente fase di valutazione del rischio. Nella definizione delle condotte di gestione del rischio, il privato assume così un ruolo di primo piano, mentre l'intervento delle autorità amministrative competenti è tendenzialmente eventuale e si estrinseca nell'imposizione di prescrizioni integrative<sup>61</sup>; iii) infine, la terza fase, funzionale alla gestione dell'avveramento del rischio, che si sia verificato anche in conseguenza del fallimento del sistema preposto all'amministrazione correlata alla fisiologia del potenziale di offesa. A valle dell'evento che innesca il rischio e determina un danno o un pericolo concreto per i beni finali, tale fase impone al privato obblighi supplementari di cognizione, comunicazione e gestione del rischio, nonché la rinnovazione della sequenza degli adempimenti in sede di gestione della situazione emergenziale<sup>62</sup>.

In generale, lo schema di incriminazione prevalente nei vari settori normativi in considerazione è costituito dal reato contravvenzionale proprio di pericolo astratto (o, comunque, non concreto)<sup>63</sup>. Le fattispecie esprimono, tuttavia, un'offensività

---

<sup>60</sup> *Ibidem.*

<sup>61</sup> *Ibidem.*

<sup>62</sup> *Ibidem.*

<sup>63</sup> Sul punto, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 2004, p. 126 ss.; ID., *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, 2007, p. 247 ss.; T. PADOVANI, *Il destino sistematico e politico-criminale delle contravvenzioni e le riforme del diritto penale del lavoro in Italia*,

differente a seconda del sistema di gestione del rischio di riferimento: quando è collocato all'interno di un modello di tutela dichiaratamente ispirato al principio di precauzione, il pericolo non concreto equivale ad una mera non-impossibilità dell'evento, mentre si qualifica come pericolo reale nei modelli di tutela riferiti ad un potenziale di offesa, sulla cui pericolosità per i beni finali non sussista incertezza scientifica. Il concetto di rischio rileva, dunque, sia come ragione ispiratrice, sia come elemento di struttura della norma penale e, in particolare, del relativo fatto tipico<sup>64</sup>. Le ipotesi, nelle quali il rischio è elemento dell'enunciato linguistico della disposizione incriminatrice (ad esempio, quando la norma penale si pone a presidio del procedimento di valutazione del rischio), sono rappresentative solo in parte dei casi nei quali il rischio è elemento costitutivo del reato. Un corretto apprezzamento sul punto richiede, invece, di esaminare il singolo modello di gestione nel suo complesso e a prescindere dall'occorrenza del termine "rischio" nel lessico prescelto dal legislatore.

Quale elemento del tipo di reato di pericolo non concreto, il rischio è, infatti, a) presupposto della condotta e/o b) elemento di tipicità della condotta<sup>65</sup>. Da un lato, è solo in presenza di una situazione oggettiva di rischio tipico che l'obbligo di cognizione, comunicazione e gestione si configura e, dunque, può essere violato. Dall'altro lato, la particolare fisionomia assunta in concreto dal potenziale di offesa concorre a tipizzare la condotta, dal momento che definisce i termini del corretto adempimento dei doveri di *risk assessment* e *risk management*. Il modello normativo di gestione può, infatti, individuare, su base tipologica, gli elementi rilevanti ai fini dell'esatto apprezzamento del rischio, ma è il sostrato materiale concreto, al quale il rischio è immanente, a rappresentare il termine di raffronto essenziale per verificare se l'opera di rilevazione, comunicazione e gestione (nelle varianti della neutralizzazione, della diminuzione e del non aggravamento) del rischio è stata svolta regolarmente dal soggetto obbligato nell'ottica di un'osservanza non meramente formale del precetto: in una prospettiva incriminatrice, appare particolarmente evidente la natura graduale del concetto di rischio nel diritto penale, già segnalata in ambito della nozione di rischio consentito<sup>66</sup>.

---

in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, 2001, nonché C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 666.

<sup>64</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 666.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 666.

Quando è elemento del tipo di pericolo concreto, la gradualità del rischio, tuttavia, è differente. Anzitutto, essa non è definita attraverso un procedimento puramente normativo, come, invece, accade nel giudizio di adeguatezza del rischio nell'ambito del reato colposo di evento<sup>67</sup>. Risolvendosi in una sorta di misurazione del potenziale di offesa connaturato al sostrato materiale dell'attività svolta in concreto, la gradualità del rischio ha in questo campo una consistenza anche naturalistica<sup>68</sup>. La rilevazione dello spessore oggettivo del rischio può, dunque, essere funzionale sia alla caratterizzazione del medesimo come presupposto della condotta, sia alla tipizzazione della condotta stessa, con ciò riflettendo i propri effetti sul disvalore del fatto. Il principale strumento di tecnica legislativa impiegato per graduare, in questo senso, il rischio è rappresentato dal valore-soglia, anche per i vantaggi ad esso correlati in termini di tassatività della fattispecie<sup>69</sup>. Sebbene l'obiezione rivolta alle norme penali incentrate su valori-soglia concerna segnatamente le ipotesi nelle quali il valore-soglia rilevante in prospettiva incriminatrice sia fissato ad un livello apprezzabilmente inferiore rispetto alla quota significativa dal punto di vista scientifico, in quanto associata alle prime manifestazioni di danno o pericolo per i beni tutelati, il valore-soglia è "uno strumento di per sé neutro nelle mani del legislatore circa l'offensività delle fattispecie di reato nelle quali esso risulti calato"<sup>70</sup>. La circostanza che il valore-soglia corrisponda o meno al livello di prima dannosità è, infatti, un corollario del più generale dibattito criminale relativo allo specifico problema di tutela e alla definizione della corrispondente strategia di protezione e prevenzione<sup>71</sup>.

Quanto alla c.d. "flessibilizzazione delle categorie classiche del reato", si intende poi affermare che la giurisprudenza avrebbe applicato il principio di precauzione, facendo sì che la struttura del reato divenisse più elastica<sup>72</sup>. Il principio di precauzione, dunque, non potrebbe avere un posizionamento proprio nell'ambito dell'attività accertativa della causalità e, se risulta dubbio il nesso causale di un certo evento, si

---

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> Sul punto, L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, 2007, p. 394 ss.

<sup>69</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 666.

<sup>70</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 669.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> La locuzione "flessibilizzazione" è stata coniata da C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 1684, e ricorre anche in A. GARGANI, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Legislazione penale*, 2011, p. 397, nonché C. PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari, Riflessioni sul rapporto "a distanza" tra disvalore d'azione e disvalore d'evento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, p. 236 ss.

sarebbe all'esterno del perimetro della probabilità logica, non potendosi nemmeno ritenere provata la causalità generale<sup>73</sup>. La sola modalità, tuttavia, per stabilire se questa prospettiva sia fondata rimane sempre la verifica dei casi alla base di esso, permanendo l'interrogativo se il principio di precauzione abbia "un ruolo di fattore espansivo della categoria della colpa penale" e possa, dunque, avere una rilevanza incriminatrice penale, non tanto per ciò che riguarda il nesso di causalità, ma "sotto il profilo della prevedibilità dell'evento al fine di accertare l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato"<sup>74</sup>. La prevedibilità, infatti, implica la sussistenza di indici tali da indurre il soggetto attivo a seguire le misure cautelari volte a prevenire il futuro verificarsi di eventi dannosi, anche perché, "per evitare di incorrere nella logica precauzionale, ogni giudizio di prevedibilità di un evento dovrebbe essere ricollegato a quanto già avvenuto e ai limiti nei quali si è verificato" e "mai potrebbe essere ritenuto prevedibile un evento che si discosti, per maggior gravità, dalle caratteristiche di quanto già verificatosi"<sup>75</sup>.

#### **§ 1.4. La complessità delle risposte di tutela di fronte alle "sfide della società del rischio"**

Nell'alveo del diritto penale sostanziale, è necessario soffermarsi sugli orientamenti attuali della scienza penalistica per comprendere le linee direttrici dell'evoluzione socio-normativa del rischio. Caratterizzata dalla fedeltà al tradizionale metodo tecnico-giuridico fino agli anni Cinquanta del Novecento, la dottrina penalistica italiana torna, infatti, ad ampliare i suoi orizzonti a partire dalla metà degli anni Sessanta: con ciò non si trattava di un rigetto del tecnicismo in quanto tale, quanto piuttosto di un riammodernamento e una rivitalizzazione, assumendo a fonte normativa vincolante la allora nuova Costituzione repubblicana<sup>76</sup>. In una prima fase,

---

<sup>73</sup> Sul punto, C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in *Criminalia*, 2012, p. 383 ss., che riporta come accada la stessa cosa "per quanto riguarda l'accertamento della colpa anche se, per l'elemento soggettivo, esistono possibili aree di sovrapposizione che non fanno però venir meno il principio secondo cui l'obbligo cautelare non sorge di fronte a congetture, a meno che non si abbia una conferma, quantomeno empirica, di tali sospetti".

<sup>74</sup> Il riferimento è al saggio di C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi in onore di G. MARINUCCI*, Milano, 2006, vol. II, p. 1751.

<sup>75</sup> I riferimenti sono tratti da C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in *Criminalia*, 2012, p. 383 ss.

<sup>76</sup> In tal modo, l'insieme di principi e valori consacrati nel testo costituzionale diventa il metro critico per ricostruire e rivisitare un sistema penale in gran parte figlio del passato regime. In tal proposito, si ricordano P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1953; P. NUVOLONE, *Le leggi*

questo sforzo ricostruttivo faceva soprattutto leva sulle norme che la stessa Costituzione esplicitamente riferisce alla materia penale (artt. 25 e 27 Cost.), così emergendo, da un lato, la dimensione costituzionale dei principi di legalità e irretroattività e, dall'altro, essendo possibile volgersi alla effettiva portata da attribuire al riconoscimento del carattere "personale" della responsabilità penale e alla nuova orientazione rieducativa delle pene<sup>77</sup>. Attualmente, queste originarie letture delle disposizioni e delle norme costituzionali appaiono condizionate da una certa timidezza: all'indubbio intento di sottoporre ad un'interpretazione evolutiva la normativa penale preesistente si accompagnava, infatti, la preoccupazione di contenere la forza innovativa dei principi costituzionali, in modo da evitare insanabili contraddizioni tra questi ultimi e la disciplina penale ordinaria<sup>78</sup>. Da qui anche la ricorrente tentazione di interpretare le norme costituzionali alla stregua dei contenuti recepiti nella legislazione penale preesistente, così incappando in una inammissibile inversione metodologica.

In una seconda fase, cioè a partire dai primi anni Settanta, l'approccio costituzionale si sviluppa con maggiore slancio e determinazione: non a caso, è in questa fase che matura l'elaborazione di una teoria generale dell'illecito penale orientata in senso costituzionale, della quale costituisce parte fondamentale la teoria costituzionale dei beni giuridici penalmente rilevanti, trattandosi di elaborazioni teoriche consapevolmente orientate a progettare profonde e incisive riforme in direzione dell'adeguamento del sistema penale a quello costituzionale.

In tempi attuali, nel terzo millennio il progetto non è ancora giunto a conclusione: da un lato, la concezione costituzionalmente orientata del diritto penale non è riuscita a sfociare in ricostruzioni sufficientemente univoche e largamente condivise<sup>79</sup>; dall'altro, la stessa dottrina penalistica, dal canto suo, è venuta meno al compito propulsivo di instaurare circuiti di scambio tra il sapere specialistico e le sedi

---

*penali e la Costituzione*, Milano, 1953; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965; M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966; M. PORZIO, *Norme penale incostituzionali e sentenze interpretative della Corte Costituzionale*, Roma, 1966; M. SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Roma, 1968.

<sup>77</sup> Sul punto, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, VI edizione, 2021, pp. XX-XXI.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> Motivo per cui nei suoi confronti è anche maturato un certo disincanto, come riportato anche in FIANDACA G., MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1993, p. 16 ss.

legislative<sup>80</sup>. Negli ultimi anni si è manifestato anche un ritorno di interesse per un modello “integrato” di scienza penale, contemporaneamente al disincanto nei confronti dell’approccio costituzionale, in una ottica di rielaborazione teorica che tenga conto delle funzioni politico-criminali degli istituti indagati e che, a questo scopo, valorizzi i dati conoscitivi desumibili dalle scienze empirico-sociali.

In generale, infatti, il legislatore, nel configurare i fatti di reato, ha vari margini di scelta tra diversi modelli di tipizzazione, potendo, quindi, configurare le fattispecie come reati di mera condotta oppure come reati di evento, ovvero ancora come reati di danno o di pericolo, di azione o di omissione *et cetera*. Tale scelta non è arbitraria, ma risponde a criteri di praticabilità e tiene conto anche delle caratteristiche criminologiche che i fatti da incriminare presentano nell’esperienza concreta. La tecnica di tipizzazione legislativa ha naturalmente una funzione servente rispetto agli obiettivi di tutela da perseguire: di volta in volta, infatti, il legislatore è tenuto a adottare le tecniche di tutela che, da un lato, meglio si conformano ai principi costituzionali relativi alla materia penale e, dall’altro, più efficacemente garantiscono la protezione del bene giuridico in questione<sup>81</sup>. Lo stretto e reciproco nesso tra obiettivi e tecniche di tutela è, peraltro, anche sottolineato da un rinnovato interesse per i problemi di scienza della legislazione penale, nell’intento di adeguare i criteri politico-criminali di penalizzazione delle condotte socialmente dannose ad alcune direttrici-guida di fonte costituzionale.

Premesso questo, una delle maggiori questioni risiede nel fatto che la parte speciale del Codice penale non può che apparire difettosa e in larga parte bisognosa di interventi riformatori<sup>82</sup>. Ormai da tempo si denuncia l’ipertrofia e l’esagerata frammentazione casistica delle fattispecie incriminatrici e i due inconvenienti risalgono a due preoccupazioni di fondo facilmente identificabili: i compilatori del Codice erroneamente pensavano che il duplice obiettivo della completezza della tutela penale e dell’affinamento della tecnica legislativa fosse raggiungibile sia moltiplicando il

---

<sup>80</sup> Al di là dei limiti della dottrina, la principale causa della mancata riforma va, tuttavia, ravvisata nel progressivo e sempre più grave deterioramento del quadro politico-istituzionale. In particolare, il ricorrere di varie “emergenze” ha finito nel relegare in seconda fila la riforma integrale del diritto penale sostanziale, lasciando spazio soltanto a modifiche normative settoriali spesso estemporanee e scoordinate. Sul tema si vedano anche i contributi di F. PALAZZO, *La politica criminale nell’Italia repubblicana*, in *Storia d’Italia, Annali*, 12, *La criminalità*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1997, pp. 851 ss., nonché *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1997, pp. 717 ss.

<sup>81</sup> Sul punto, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, VI edizione, 2021, pp. XX-XXI

<sup>82</sup> *Ibidem*.

numero delle fattispecie, sia specificandole nei minimi dettagli. In realtà, così procedendo, si è finito col provocare alcuni effetti di natura perversa: da un lato, l'eccessiva frammentazione casistica ha inevitabilmente dato luogo a lacune di tutela; dall'altro lato, la ingiustificata moltiplicazione delle fattispecie ha fatto sorgere inutili problemi di sovrapposizione e delimitazione tra figure di reato sostanzialmente affini. Tra le conseguenze negative della inadeguata tecnica legislativa, va anche segnalato il fenomeno del possibile scarto tra tipicità e offensività rilevabile in alcuni settori<sup>83</sup>.

In particolare, poi, nell'ambito delle fattispecie poste a tutela dei beni pubblici o collettivi, abbondano forme di tutela anticipata alla soglia di pericolo astratto o presunto. Se, da un lato, si tratta di una tecnica di strutturazione della fattispecie adeguata alle caratteristiche dei beni super-individuali<sup>84</sup>, dall'altro lato, l'eccessiva anticipazione della soglia dell'intervento penale risulta in alcuni casi ingiustificata in rapporto al rango del bene protetto o, comunque, alla stregua degli altri criteri costituzionali che dovrebbero presiedere alla configurazione legislativa dei fatti penalmente sanzionabili e, perciò, rilevanti<sup>85</sup>.

Più ancora in particolare, una delle peculiarità dell'epoca normativa avviata, nel nostro Paese, con il D.Lgs. n. 231/2001 – ma ancor prima dalla legge delega n. 300/2000, che individuava compiutamente gli ambiti di maggiore rilevanza del rischio-reato – è rappresentata dalla consapevolezza del legislatore che, di fronte a esigenze complesse di tutela, devono esserci risposte normative altrettanto articolate. Il principio di personalità della responsabilità penale comincia, perciò, ad entrare in

---

<sup>83</sup> Nel campo, ad esempio, dei delitti contro la personalità dello Stato o contro la fede pubblica e contro la pubblica amministrazione, il legislatore spesso non è riuscito a tipizzare in modo congruo le caratteristiche lesive della condotta, per cui alla tipicità formale non sempre si accompagna la lesione o messa in pericolo del bene protetto. Così anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, VI edizione, 2021, pp. XX-XXI.

<sup>84</sup> Sul punto anche G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in AA.VV., *Beni e tecniche*, pp. 49 ss.; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1986, pp. 689 ss.

<sup>85</sup> Sul punto, per rimediare ai difetti di tecnica legislativa fin qui (sinteticamente) segnalati, la strada maestra appare quella di una seria e meditata riforma della disciplina codicistica. Così ancora G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, VI edizione, 2021, pp. XXI. Vi sarebbero poi ulteriori questioni, sempre relative alla tecnica legislativa – pur in questa sede non rilevanti –, sull'interpretazione delle norme di parte speciale: quale sede di concreta attuazione delle disposizioni penali, emerge, infatti, con notevoli implicazioni pratiche la questione interpretativa. A seconda dell'orientamento ermeneutico prescelto, la sfera di applicazione di una determinata fattispecie incriminatrice può subire restrizioni o dilatazioni, con conseguenti riflessi sui limiti di tutela dei beni giuridici; peraltro, proprio la natura frammentaria e poco sistematica della parte speciale favorisce soluzioni caso per caso, ottenute o senza il sostegno di criteri interpretativi rigorosi, ovvero ricorrendo alla confusa commistione di criteri diversi. Così, talora, si afferma che il giudice è vincolato alla volontà del legislatore storico, talaltra si guarda al significato obiettivo della legge, altre volte ancora si fa leva sulle conseguenze pratiche discendenti dalle varie opinioni interpretative e così via.

tensione con beni giuridici di rilevanza primaria e vede attenuarsi la propria rilevanza centrale, in favore di un insieme di reazioni ordinamentali più complesse, che solo tendenzialmente trovano la propria collocazione in seno alla *matière pénale*<sup>86</sup>. La reazione istituzionale alle “sfide della società del rischio” si articola, dunque, in un “doppio binario”: da un lato, la responsabilità penale delle persone fisiche; dall’altro, la responsabilità da reato delle persone giuridiche.

Nell’ottica di offrire strumenti di tutela ulteriori a quello della responsabilità penale della persona fisica, la questione circa l’organicità e la coesione – in entrambi i casi in tensione con i risvolti offensivi tipici della “società del rischio” – con i principi fondamentali del diritto penale assume connotati nuovi e senza precedenti, venendo in rilievo il fatto che il diritto penale non perda il proprio carattere di concreta tipicità. In tale contesto, rileva, infatti, la compatibilità tra il diritto penale di evento (di danno o di pericolo concreto) e le esigenze di tutela tipiche della “società del rischio”, che vede la contrapposizione tra l’orientamento contrario<sup>87</sup> e quello favorevole<sup>88</sup>, riscontrabile principalmente nell’ambito della causalità. Con riferimento a quest’ultima, è stato delineato il relativo panorama dello sviluppo filosofico ed epistemologico, tracciando un percorso collaterale al diritto penale e non potendosi trascurare quanto è stato fatto dall’evoluzione filosofica ed epistemologica nel progresso dell’ambito di applicazione del nesso causale<sup>89</sup>. Per ciò che concerne l’anticipazione della tutela penale, infatti, le

---

<sup>86</sup> Per una riflessione più generale sulla collocazione della materia penale, in senso formale, sostanziale e sovra-legale, si veda anche L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli Editore, 2018, pp. 20-23 e 193-249, in part. 195-204. Sul punto, C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella “società del rischio”*, in AA.VV., *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”. Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (a cura di), 2017, Torino e in *Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2018, p. 9 ss afferma che “la novità sistematica di maggior rilievo è rappresentata dall’introduzione della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche anche negli ambiti di tutela tipici della ‘società del rischio’, ossia quello della sicurezza sul lavoro (a partire dal 2007 con il primo inserimento dell’art. 25-*septies* nel D.Lgs. n. 231/2001 ad opera della legge delega n. 123/2007) e quello dell’ambiente (dal 2011 per effetto della prima attuazione della direttiva 2008/99/CE dovuta al D.Lgs. n. 121/2011), ma la differenziazione della strategia di intervento è proseguita anche operando nuovi coordinamenti tra il presidio penalistico e le altre componenti del diritto punitivo”.

<sup>87</sup> Per tutti C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto, Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004.

<sup>88</sup> Per cui si veda L. MASERA, *Ancora sulla qualificazione penalistica dell’evidenza epidemiologica. Perché anche nella società del rischio è legittimo il ricorso al diritto penale d’evento*, in *Quest. Giust.* (ed. on-line), 10 marzo 2017.

<sup>89</sup> Sulla parzialità dell’approccio penalistico alla questione della causalità, si veda per tutti F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano, 1975 (II ed., Milano, 2000), p. 235. Al riguardo, C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella “società del rischio”*, in AA.VV., *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”. Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (a cura di), 2017, Torino e in *Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2018, p. 9 ss., afferma come “un interrogativo concerne la prospettata ‘settorializzazione’ della causalità penale e la conseguente apertura a modelli di spiegazione causale

caratteristiche della “società del rischio” hanno fatto sì che la contrapposizione “danno/pericolo” venisse superata a causa dell’“incremento di complessità degli stadi di tutela, che discendono dal principio di precauzione e, nell’ambito del rischio, si dividono in ‘rischio presunto’ e ‘rischio concreto’ (in dipendenza del grado cui il rischio viene astratto) per poi giungere ai vari livelli di pericolo e, infine, al danno”<sup>90</sup>. Il perimetro di applicabilità del principio di precauzione è stato, dunque, definito anche in seguito alla sua esplicazione come dogma giuridico dedicato alle fattispecie di “incertezza scientifica e nomologica, caratterizzate da una valutazione iniziale di dati scientifici rispetto a rischi potenziali già in atto”<sup>91</sup>. L’approccio della *post-normal science* si collega, perciò, anche con le esigenze favorevoli alla “scienza negoziata a partecipazione democratica” nell’ambito della *governance* del rischio: in altre parole,

---

diversi a seconda della ‘famiglia di casi’ di appartenenza dell’ipotesi concreta”. Se intesa, infatti, come “necessità che la spiegazione causale aderisca al dato reale (e dunque come concretizzazione, come indicato in F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005, p. 72), la ‘settorializzazione’ appare del tutto fisiologica”; viceversa, “il discorso è più delicato, se con ‘settorializzazione’ si allude, così legittimandola, alla possibilità che mutino le strutture portanti della causalità penale a seconda del settore prasseologico coinvolto (ricalcando così il noto argomento – sostanzialmente sospensivo rispetto alle garanzie – dell’importanza del bene giuridico tutelato)”. In tale simile contrapposizione, “i diversi indirizzi dottrinali sembrano aver sviscerato in profondità le argomentazioni a sostegno e le implicazioni delle rispettive posizioni; se il confronto non può ritenersi risolto con la prevalenza di una ‘visione’ sull’altra, l’elemento di novità per superare il ‘dilemma’ deve forse, a questo punto, provenire dagli altri formanti del diritto penale” (come sottolineato anche da L. MASERA, *Ancora sulla qualificazione penalistica dell’evidenza epidemiologica. Perché anche nella società del rischio è legittimo il ricorso al diritto penale d’evento*, in *Quest. Giust.* (ed. on-line), 10 marzo 2017, p. 2 ss., 22 ss.).

<sup>90</sup> Sul punto, C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella “società del rischio”*, in AA.VV., *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”. Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (a cura di), 2017, Torino e in *Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2018. In tema, anche D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell’incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012, p. 44 ss., 132 ss.

<sup>91</sup> Sul punto, C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella “società del rischio”*, in AA.VV., *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”. Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (a cura di), 2017, Torino e in *Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2018, p. 17. Da notare, secondo l’Autrice, sono “le riflessioni, che hanno evidenziato come l’inquadramento di simile condizione di incertezza scientifica in chiave penalistica presupponga il dialogo con le più aggiornate acquisizioni della filosofia della scienza e hanno rilevato un disallineamento della scienza penalistica rispetto alla concezione della precauzione accolta dagli altri campi del sapere”. In definitiva, “l’impostazione penalistica tradizionale confonderebbe l’incertezza scientifica relativa, che è oggi considerata fisiologica nel sapere scientifico, con la precauzione, che le altre discipline riferiscono invece ai casi di incertezza scientifica assoluta” e “la distinzione può essere colta grazie alla concettualizzazione della ‘scienza post-normale’, che – lungi dal poter essere fraintesa con il ‘relativismo scientifico-culturale’ – si affianca alla ‘scienza normale’, laddove quest’ultima fallisce, ossia per supportare la gestione di situazioni nelle quali è urgente prendere una decisione per la salvaguardia di beni rilevanti in presenza di carenze informative e dilemmi valoriali”. In conclusione, “le ricadute politico-criminali della dicotomia ‘incertezza scientifica relativa’ vs. ‘assoluta’ sono nel senso che con la prima il diritto penale può legittimamente confrontarsi, mentre la seconda – *i.e.* il ‘buio scientifico’, come è stato definito, ove la percezione del pericolo ha basi squisitamente (collettivo-) emotive – non può mai giustificare il ricorso allo strumento punitivo”.

infatti, “i sistemi complessi dalla stessa regolati sono per loro natura caratterizzati (...) dalla pluralità di legittimi punti di vista in tema di *policy*”, così che, al fine di innalzare il livello di attendibilità scientifica a fondamento del processo decisionale, tale prospettiva impone di formare una “*extended peer community*”, che ricomprenda il sapere scientifico in possesso sia del decisore pubblico, sia dei rappresentanti del panorama economico, nonché quello dei tecnici scientifici veri e propri; l’approccio della *post-normal science* richiede di porre in essere, in particolare, “un flusso informativo (...) eso-aziendale”<sup>92</sup>.

Se la prospettiva, invece, è quella di irrobustire l’apparato punitivo nei confronti delle persone giuridiche nella “società del rischio”, è necessario coinvolgere anche la persona giuridica nella reazione sanzionatoria al fatto di reato, dal momento che l’ente risulta essere non solo “produttore e moltiplicatore di rischi”, ma anche “soggetto preposto alla prevenzione e alla minimizzazione” degli stessi<sup>93</sup>. Perciò, con riguardo alla selezione della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche occorre individuare correttivi e prospettive di sviluppo: da un lato, dovrebbe essere sviluppata idoneamente la struttura di responsabilità prevista dall’art. 8 del D.Lgs. n. 231/2001, disposizione che risulta di importanza centrale, ad un livello general-preventivo, sia per via della difficoltà di risalire a responsabilità dolosa di tipo individuale nel contesto di strutture organizzative complesse e articolate, sia per la sua importanza in relazione alla responsabilità di tipo colposo, in un contesto di una sempre maggiore rilevanza della c.d. colpa di organizzazione e di una corrispondente maggior difficoltà nel distinguere singolarmente quali siano state le condotte individuali ad apportare il contributo più significativo alla condotta di reato<sup>94</sup>. Dall’altro lato, sulla scia di uno sviluppo della responsabilità *ex crimine* delle persone giuridiche, potrebbe essere valorizzata l’autonomia di quest’ultima dalla responsabilità individuale tradizionale, ipotizzando un c.d. illecito di rischio, scaturente dall’ambito del procedimento di valutazione e gestione del rischio<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Sul punto, C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella “società del rischio”*, in AA.VV., *Il diritto penale di fronte alle sfide della “società del rischio”. Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (a cura di), 2017, Torino e in *Diritto penale contemporaneo*, 30 marzo 2018, p. 17-18.

<sup>93</sup> *Ibidem*.

<sup>94</sup> Sul punto M.A. BARTOLUCCI, *L’art. 8 D.Lgs. n. 231/2001 nel triangolo di Penrose. Tra minimizzazione del rischio-reato d’impresa e ‘nuove forme di colpevolezza*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 gennaio 2017, pp. 7-11.

<sup>95</sup> In tal senso F. D’ALESSANDRO, *Rischio e responsabilità amministrativa degli enti*, in AA.VV., a cura di G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE, *Il diritto penale di fronte alle sfide della società del rischio*.

Concludendo sul punto, l'ampiezza dei bisogni di salvaguardia dei beni giuridici scaturenti dalla "società del rischio" sembra imporre una reazione istituzionale decisa e articolata, coerente con la finalità di gestire le potenzialità di offesa lecite intrinseche all'organizzazione socio-economica. In tal modo, si alleggerirebbero i contorni della responsabilità penale della persona fisica nei settori considerati, finendo per evitare la deformazione di alcuni tra i principali istituti penalistici. Il diritto, in fondo, è pieno di *fictiones* e anche il diritto penale si occupa, talvolta, più dell'apparenza che della realtà, dal momento che i fatti vietati vengono ideati e descritti dal legislatore, innanzitutto, nella loro dimensione fenomenica<sup>96</sup>. Questa è una scelta di garanzia, ma è al tempo stesso una scommessa: si assume, infatti, che l'"apparenza delle cose", riprodotta attraverso le parole con cui si descrivono i reati, sia un affidabile indice di illiceità. Ed è anche una scommessa piena di incertezze: l'imputazione della responsabilità deve, come conseguenza del fidare sulle apparenze, svilupparsi attraverso una serie di ulteriori passaggi (giudizi di antigiusuridicità, colpevolezza, punibilità), volti a verificare se l'apparenza d'illecito, che fonda l'incriminazione, corrisponda effettivamente alla lesione di un bene significativo<sup>97</sup>.

---

*Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, Giappichelli Editore, Torino, 2018.

<sup>96</sup> Sul punto, M. PAPA, G. TAVELLA, *Intelligenza artificiale e legislazione penale*, in *Discrimen*, 23 giugno 2023.

<sup>97</sup> Sui temi qui accennati, M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, II ed., Torino, 2019, in particolare pp. 21 ss., 87 ss.

## Capitolo secondo – L’evoluzione del concetto di rischio nella scienza penalistica

---

**Indice:** § 2.1. L’approccio endosistemico al concetto di rischio - § 2.1.1. Lo sviluppo della teoria del rischio e la categoria del “rischio adeguato” - § 2.1.2. Gli ulteriori sviluppi della teoria del rischio: il “rischio doloso” come indicatore oggettivo del dolo eventuale - § 2.2. Il concetto di rischio nell’approccio esosistemico - § 2.2.1. I differenti modelli di società del rischio e la dinamica della relazione tra rischio e diritto penale - § 2.2.2. Dal diritto penale “della prevenzione” al diritto penale “dirigistico”: la funzione incriminatrice del rischio e il diritto penale come strumento di previdenza sociale - § 2.2.3. Le prime elaborazioni concettuali correlate alla responsabilità penale del produttore - § 2.2.4. La responsabilità del produttore in Italia, la rilevanza ermeneutica e incriminatrice del concetto di rischio - § 2.2.5. Il rischio come fattore distorsivo del sistema penale

---

Come accennato in precedenza, il termine rischio è utilizzato in diverse accezioni nell’ambito della scienza penalistica e sono numerosi i settori della legislazione penale che prendono forma a partire da tale elemento, che rappresenta il potenziale di offesa che orienta il modello di tutela e le corrispondenti fattispecie incriminatrici. È possibile, dunque, chiedersi se il concetto di rischio possa appartenere alla teoria del reato distinguendolo da altri istituti e, sul punto, sono registrabili due approcci, uno endosistemico ed uno esosistemico<sup>98</sup>.

Con il primo si colloca il quesito della rilevanza del rischio all’interno del diritto penale, più precisamente della norma incriminatrice e della struttura del reato; con il secondo la rilevanza penalistica del rischio si iscrive nel processo di adattamento del sistema penale ad un rinnovato contesto sociale, anch’esso qualificato dalla presenza del rischio, inteso in accezione macrosociologica<sup>99</sup>. Già dalla prima prospettiva emerge come la valenza del rischio rilevi come elemento di interpretazione della fattispecie (di evento di danno o di pericolo concreto), mentre nella seconda si considera il rischio come *ratio* di una legislazione orientata all’anticipazione dell’intervento penale ed, eventualmente, come elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice di pericolo astratto<sup>100</sup>.

Il secondo approccio, infatti, affronta separatamente la rilevanza del rischio in prospettiva ermeneutica e incriminatrice. Con riguardo alla prima, interna alla norma

---

<sup>98</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 6 ss.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 6 ss., p. 168 ss.

penale, la ricerca dei confini del concetto penalistico di rischio si rivolge al contiguo istituto del pericolo, per poi muoversi al reato di evento di danno e, in particolare, sull'applicazione processuale di tale modello. In tale prospettiva, l'indagine si sposta sull'impiego del rischio in relazione al nesso tra condotta ed evento, che comprende non solo il nesso di condizionamento, ma anche il legame oggettivo tra colpa ed evento<sup>101</sup>. Nella prospettiva incriminatrice, invece, la questione della rilevanza del concetto di rischio sia come *ratio legis*, che come elemento costitutivo del reato, è affrontata attraverso la ricognizione dei settori legislativi maggiormente rappresentativi e la ricerca dei confini ricalca la fissazione dei caratteri distintivi del modello di gestione del rischio come tipo normativo, nonché con la precisazione dei ruoli assegnati al rischio come componente strutturale della fattispecie incriminatrice. L'elemento rappresentato dal rischio è considerato, dunque, alla stregua di un fattore pre- ed extra-giuridico di cambiamento del sistema penale, sicché l'eventuale attribuzione al concetto di rischio di un ruolo nella teoria del reato si presenta quale corollario della nuova utilità sociale attribuita al diritto penale, e non della semplice ricostruzione dogmatica di uno o più istituti di parte generale<sup>102</sup>.

L'approccio endosistemico al rischio è, perciò, espresso tradizionalmente dalla nozione di rischio consentito<sup>103</sup>. In primo luogo, tenuto conto della già evidenziata contiguità concettuale tra rischio e pericolo nella prospettiva penalistica, rileva la sostanziale fungibilità semantica tracciata tra questi due termini dagli studi dedicati al rischio consentito che assegnano al rischio qualificazioni diverse (consentito, non vietato, tollerato, socialmente adeguato, *et cetera*), senza però specificarne compiutamente il significato rispetto all'affine vocabolo del pericolo<sup>104</sup>. In secondo luogo, sin dalle prime riflessioni della dottrina, il concetto di rischio consentito appare implementato a partire da quella casistica, tratta dal novero delle c.d. "attività pericolose socialmente utili", destinata a divenire emblematica del c.d. "diritto penale moderno", sul quale si impernia la prospettiva esosistemica<sup>105</sup>. Gli esempi tradizionali di condotte contrassegnate dal rischio consentito sono, infatti, rappresentati

---

<sup>101</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 168 ss.

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 6.

<sup>104</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 7.

<sup>105</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 8.

dall'esercizio di un'impresa pericolosa, dalla circolazione stradale o ferroviaria, dallo svolgimento di attività che espongono inevitabilmente a potenziali offese altre persone, nonché dalla pratica di alcune specialità sportive<sup>106</sup>. Il rischio consentito, dunque, varrebbe come concetto formale con funzione sistematica e il relativo studio sarebbe condizionato dall'interrogativo che investe la necessità stessa di configurare un tale principio come elemento autonomo della teoria del reato. Sul punto, peraltro, la dottrina (in special modo, tedesca) si è divisa su posizioni contrapposte tra chi considera il rischio consentito come un elemento pleonastico rispetto alle altre componenti della sistematica penalistica<sup>107</sup> e chi, invece, ne sostiene la rilevanza<sup>108</sup>. Oltre che per la tesi elaborata, le due correnti si distinguono per la stessa concezione di rischio consentito: infatti, mentre il filone che ne riconosce il rilievo dogmatico lo riconduce ad uno dei piani della sistematica del reato, la posizione contraria nega che il criterio in esame possa essere oggetto di un procedimento di tipizzazione, ossia di astrazione dagli esempi concreti con corrispettiva ripartizione in zone di pericolo relativamente circoscritte<sup>109</sup>.

### § 2.1. L'approccio endosistemico al concetto di rischio

Secondo una soluzione intermedia<sup>110</sup>, il rischio consentito costituisce un concetto formale con funzione sistematica, ossia un'espressione di sintesi che raggruppa le diverse situazioni nelle quali l'ordinamento acconsente allo svolgimento di comportamenti associabili ad un rischio di offesa per i beni giuridici tutelati. In simile prospettiva, il rischio consentito assolve ad un compito epistemologico, lasciando emergere la struttura comune ad una pluralità di differenti istituti penalistici<sup>111</sup>. In sostanza, tale criterio evidenzia che lo svolgimento di un comportamento potenzialmente offensivo per i beni giuridici è permesso e denota un insieme di ipotesi

---

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> Sul punto, D. KIENAPFEL, *Das erlaubte Risiko im Strafrecht. Zur Lehre vom sozialem Handlungsbegriff*, Frankfurt a. M., V. Klostermann, 1966, p. 9 ss., 17, 21, 28 ss.; inoltre J. REHBERG, *Zur Lehre vom "erlaubtes Risiko"*, Zurich, Schulthess & Co., 1962, così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 10.

<sup>108</sup> Sul punto, U. KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung*, in GA, 1994, p. 197 ss., 215 ss, così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 10.

<sup>109</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 11.

<sup>110</sup> Sul punto, M. MAIWALD, *Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs, erlaubtes Risiko für die Strafrechtssystematik*, Jescheck-FS I, 1985, p. 405 ss., così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 11.

<sup>111</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 12.

nelle quali il disvalore della condotta è assente, ma tale *deficit* è determinato da istituti ulteriori rispetto al rischio consentito stesso, che attengono ad ambiti diversi della sistematica del reato<sup>112</sup>.

Con riguardo alla categoria della tipicità, il concetto di rischio consentito è preso in considerazione in relazione ad ipotesi nelle quali, in assenza del disvalore della condotta, il giudizio di imputazione si interrompe a livello della fattispecie oggettiva, sia essa propria di un reato doloso o colposo<sup>113</sup>. Il rischio consentito individuerebbe un'area di liceità nella quale si collocano le condotte che creano un rischio per beni giuridici, ma il cui compimento è permesso in via generale<sup>114</sup>. L'operatività del parametro è espressione di un giudizio di bilanciamento tra interessi contrapposti e meritevoli di tutela, in relazione ai quali la condotta compresa dal rischio consentito costituisce un momento di bilanciamento globale che, prescindendo dalle specificità del caso singolo, elide la stessa tipicità del fatto<sup>115</sup>. Una condotta è, perciò, considerata espressione di un rischio consentito a fronte di una valutazione a saldo dei costi e dei benefici che essa comporta con riguardo ai contrapposti interessi giuridicamente qualificati e il rischio consentito non è determinato soltanto sulla base di uno standard tecnico, ma dipende da considerazioni di valore relative ai beni coinvolti e alle conseguenze che, in termini di vantaggio o pregiudizio, possono derivare dall'esecuzione della condotta contrassegnata dal rischio consentito stesso<sup>116</sup>. In tal caso, i termini del giudizio di bilanciamento veicolato dalla nozione di rischio consentito risultano diversi, quando essa è individuata come clausola di esclusione dell'antigiuridicità rispetto a condotte dolose o colpose<sup>117</sup>. In questa prospettiva, infatti, il bilanciamento non opererebbe in astratto, cioè con riferimento alla classe di attività, ma in concreto, ossia in rapporto alla singola condotta, e il divario appare ancora maggiore se si considera che, in alcuni casi, la valenza scriminante del rischio consentito è valutata con riguardo all'atto di consenso prestato da un determinato soggetto passivo<sup>118</sup>.

---

<sup>112</sup> *Ibidem*.

<sup>113</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 14.

<sup>114</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 15.

<sup>115</sup> *Ibidem*.

<sup>116</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 16.

<sup>117</sup> Sul punto, H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 401, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 17.

<sup>118</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 17.

Nella dottrina italiana, la questione della rilevanza del rischio consentito a livello dell'antigiuridicità è stata esaminata in un contributo significativo dell'espressione del rischio stesso<sup>119</sup>. L'analisi risponde all'interrogativo se il consenso prestato dall'avente diritto in merito alla propria esposizione a pericolo faccia venir meno l'antigiuridicità della condotta colposa tenuta dall'agente e risultata lesiva dei beni di titolarità del soggetto consenziente stesso<sup>120</sup>. Fin da questo elaborato, è possibile apprezzare come si cerchi di descrivere le peculiarità che caratterizzano l'oggettivo potenziale di offesa immanente alle singole "attività pericolose socialmente utili", tentativo che, peraltro, si ripropone in un altro scritto di poco successivo e anch'esso rilevante per lo studio del rischio nel diritto penale<sup>121</sup>. Viene, infatti, introdotta per la prima volta la distinzione tra "attività generalmente rischiose" e "attività univocamente rischiose", in cui le prime presentano un margine elastico e potenzialmente indeterminato di rischiosità<sup>122</sup>, mentre alle seconde è invece coesistente e necessariamente connaturato un certo tipo di rischio<sup>123</sup>. La conclusione è che il consenso della persona offesa all'esposizione a rischio possieda efficacia scriminante rispetto alla condotta colposa dell'agente a patto che assuma il "grado" dell'accettazione del rischio o della volizione dell'evento rischioso; e purché l'interesse offeso ricada nella disponibilità del soggetto passivo consenziente. Si registra in questo modo una limitata efficacia del rischio consentito così inteso anche nell'ambito di categorie sistematiche diverse dall'antigiuridicità e, in particolare, con riguardo alla misura soggettiva della colpa<sup>124</sup>.

L'obiettivo di ricostruire la struttura e il lessico del rischio penalmente rilevante andrebbe, dunque, perseguito sul versante della tipicità interpretata alla luce del rischio consentito, piuttosto che con riferimento all'antigiuridicità, tenuto conto delle aporie

---

<sup>119</sup> Sul punto, infatti, F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, I, vol. 1, p. 67 ss.

<sup>120</sup> Nella cornice dell'art. 50 c.p., per rischio consentito l'Autore, quindi, intende "il grado di intensità a partire dal quale il consenso del soggetto passivo può ritenersi efficiente a scriminare il comportamento criminoso dell'agente"; sicché "la ragione determinante della liceità va vista unicamente nell'accettazione del rischio ovvero nel potere di disposizione del soggetto passivo" (c.d. liceità-autorizzazione). Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, pp. 20-21.

<sup>121</sup> Sul punto, F. BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Milano, Giuffrè, 1978, p. 75 ss., ora in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA, vol. I, *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, Tomo II, *Dal 1973 al 1993*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 1231 ss., così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 21.

<sup>122</sup> Sul punto, F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, I, vol. 1, p. 71.

<sup>123</sup> *Ibidem*.

<sup>124</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 22.

emerse e, in ogni caso, dalla minore rilevanza dell'impiego del concetto di rischio consentito su questo livello<sup>125</sup>. Perciò, le riflessioni svolte in merito ai profili di rilevanza del rischio consentito in sede di tipicità si concentrano, in breve, su tre tematiche<sup>126</sup>: (a) la ragione sostanziale in forza della quale una determinata esposizione a pericolo di un bene giuridico è permessa in astratto; (b) il catalogo nel quale si articolano le diverse ipotesi di rischio consentito; (c) l'esame degli effetti che tale parametro produce in termini di esclusione della responsabilità penale.

Con riguardo al primo elemento, una ragione sostanziale alla quale è stata ricondotta, a livello teorico, la circostanza che un comportamento potenzialmente offensivo di beni giuridici sia espressione di un rischio consentito e, per tale motivo, atipico è rappresentata storicamente dalla c.d. adeguatezza sociale<sup>127</sup>. Sulla scorta di tale teoria, una condotta, che rientri da un punto di vista letterale nella descrizione della fattispecie incriminatrice, non integra la previsione normativa se è socialmente adeguata, ossia se appare conforme alle modalità di vita collettiva che si sono venute a definire da un punto di vista etico-sociale<sup>128</sup>. Solo in questo secondo ultimo caso, infatti, le nozioni di rischio consentito e di adeguatezza sociale vengono in contatto. Mentre il rischio consentito si limita ad evidenziare che il comportamento dell'agente appartiene alla sfera del penalmente rilevante, la teoria dell'adeguatezza sociale spiega tale irrilevanza come mancanza di tipicità della condotta, che non è associata a disvalore perché si è svolta secondo le regole<sup>129</sup>. Su questo, si può osservare come, accostando il rischio consentito e la condotta rispettosa delle regole convenzionali di svolgimento di un'attività a potenziale di offesa, l'adeguatezza sociale, da un lato, recepisce l'orientamento settoriale che si impernia sulle attività pericolose socialmente utili; dall'altro, tende ad indirizzarsi specificamente verso il fatto tipico del reato colposo<sup>130</sup>. Anche il termine "adeguatezza" risulta ambiguo: inscrivendosi, infatti, sempre in un approccio endosistemico al concetto di rischio, questo viene declinato anche con riguardo al nesso tra condotta ed evento, ma in un'accezione e con funzioni

---

<sup>125</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 23.

<sup>126</sup> *Ibidem*.

<sup>127</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 24.

<sup>128</sup> Sul punto, C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, Beck C.H., 1997, p. 240, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 24.

<sup>129</sup> Sul punto, M. MAIWALD, *Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs, erlaubtes Risiko für die Strafrechtssystematik*, p. 405 ss., così come riportato in PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 25.

<sup>130</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 26.

diverse rispetto a quelle considerate nell'ambito della causalità<sup>131</sup>. Al di là dell'individuazione della ragione sostanziale che ne sta alla base, infatti, rimane problematico precisare in cosa consista da un punto di vista contenutistico e inteso come clausola di esclusione della tipicità: nella compilazione di un ipotetico catalogo delle ipotesi di rischio consentito sono adoperate locuzioni generiche, come, ad esempio, quella di rischio minimo, ossia la quota ineliminabile di rischio coesistente al "contatto sociale"<sup>132</sup>.

Sembrerebbe, dunque, più agevole circoscrivere l'ambito di operatività del concetto in negativo, evidenziando quali condotte non vi rientrano, anche se pure su tale versante si è concluso che la misura del rischio consentito non possa in ogni caso essere determinata con precisione numerica e dipenda in sostanza sia dal tipo di condotta considerata, sia dalle circostanze che fanno da sfondo alla condotta stessa<sup>133</sup>. La fattispecie incriminatrice, quale norma di divieto, rappresenta un ausilio fondamentale nella definizione *a contrario* del rischio consentito, dal momento che, se un comportamento forma oggetto di divieto, esso è per ciò solo escluso dall'area del rischio consentito: a prescindere dal fatto che la relativa norma penale sia volta a prevenire un'offesa di danno o di pericolo o corrisponda ad un reato di pericolo astratto, il rischio associato alla condotta vietata non è tollerato e la condotta è tipica, a meno che si mantenga al di sotto del rischio minimo<sup>134</sup>. Nella determinazione contenutistica del rischio consentito un ruolo in parte diverso spetta alle regole dell'arte o della tecnica, in cui la contrarietà della condotta a tali complessi normativi, non necessariamente formali, non rappresenta un elemento conclusivo, ma solo un indizio in merito al carattere non consentito del rischio corso<sup>135</sup>. Peraltro, una condotta contrassegnata da un potenziale di offesa ma che non forma oggetto di uno specifico divieto normativo non è necessariamente espressione di un rischio consentito.

Tenendo anche in considerazione che il *corpus* normativo che regola un'attività pericolosa potrebbe risultare incompleto e, dunque, non vietare tutte le modalità di svolgimento associate ad un rischio non tollerato o tollerabile, deve allora

---

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> *Ibidem*.

<sup>133</sup> Sul punto, G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Kunststoff, 2. Aufl., De Gruyter, 1991, Wunschliste, p. 205, così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 27.

<sup>134</sup> Sul punto, G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Kunststoff, 2. Aufl., De Gruyter, 1991, Wunschliste, p. 205, così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 27.

<sup>135</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 27.

intendersi come consentito il rischio di base dell'attività, ossia il potenziale di offesa che contraddistingue quest'ultima quando essa è svolta in condizioni ideali<sup>136</sup>. Un rischio più elevato rispetto al rischio di base può, dunque, risultare consentito solo quando lo svolgimento dell'attività in costanza di condizioni non ideali appaia più vantaggioso del divieto di svolgimento dell'attività stessa. In particolare, per ciò che concerne la tipicità del reato colposo, l'approccio che considera il rischio consentito come clausola di esclusione della tipicità assegna al criterio del rischio consentito un rilievo predominante nell'ambito del reato colposo<sup>137</sup>. La cornice concettuale è costituita dalla sistematica che distingue reato doloso e colposo già a livello di tipicità, ritenendo che l'inosservanza del dovere di diligenza rappresenti un elemento strutturale specifico del secondo<sup>138</sup>.

Il concetto di rischio penalmente rilevante, perciò, prende forma nell'alveo del reato colposo e, in particolare, del fatto tipico colposo: in questa accezione il rischio è riferito a una pluralità di elementi costitutivi, dalla condotta colposa al nesso tra colpa ed evento<sup>139</sup>. Secondo l'approccio settoriale, dunque, la nozione di rischio consentito è associata, in particolare, all'insieme delle attività pericolose socialmente utili e, in simile contesto, la predisposizione da parte dell'ordinamento giuridico di regole di diligenza doverose attraverso la standardizzazione di misure di sicurezza costituisce un indice della presenza di un rischio giuridicamente rilevante per la determinazione dei confini dell'area di liceità<sup>140</sup>. La condotta di chi svolge un'attività nel rispetto delle regole modali prescritte è considerata, anzi, come modello prototipale del comportamento espressivo del rischio consentito. Le finalità perseguite con la previsione della responsabilità per colpa risulterebbero, infatti, conculcate, qualora la sanzione penale fosse irrogata anche per lo svolgimento di occupazioni caratterizzate da un potenziale offensivo per i beni giuridici di per sé ineliminabile nonostante il ricorso alla migliore diligenza (e la cui consapevolezza da parte del soggetto agente deve accompagnare anche la mera intrapresa della condotta stessa)<sup>141</sup>.

---

<sup>136</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 28.

<sup>137</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 29.

<sup>138</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 32.

<sup>139</sup> Sul punto, C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, München, Beck C. H., 1997, p. 240, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 33.

<sup>140</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 33.

<sup>141</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 34.

In secondo luogo, si era ritenuto che il rischio consentito rappresentasse il perno di un meccanismo di specificazione del dovere di diligenza secondo cadenze eccezionali rispetto allo schema usuale basato sui parametri di prevedibilità ed evitabilità dell'evento<sup>142</sup>. Per le attività pericolose socialmente utili, infatti, non sembrerebbe possibile individuare il contenuto del dovere di diligenza sulla base del criterio della prevedibilità, anche perché il potenziale di offesa immanente allo svolgimento di esse rende di per sé prevedibile l'evento<sup>143</sup>. In simili ipotesi, la tipicità della condotta colposa sarebbe, comunque, definita in rapporto alla regola di cautela, ma la specificazione di quest'ultima non dipenderebbe dal parametro della prevedibilità dell'evento, quanto, piuttosto, dalle regole di svolgimento enunciate in sede normativa<sup>144</sup>. Il superamento del rischio consentito, inteso come presupposto perché il fatto assuma rilevanza penale, deve, infatti, essere messo in relazione con la violazione dello standard di diligenza oggettivamente doveroso nella situazione concreta e che non si riduce soltanto ai protocolli di comportamento formalizzati, da interpretare invece come prescrizioni minime<sup>145</sup>. Anche in assenza di una norma giuridica che disciplini lo svolgimento dell'attività in ossequio al criterio del rischio consentito, l'individuazione del comportamento diligente, e, quindi, non colposo, dipende da un giudizio di bilanciamento che prenda in considerazione una pluralità di parametri: da un lato, l'utilità (o il significato) sociale propria dell'attività svolta e, dall'altro lato, il rischio di offesa a beni giuridici ad essa immanente; nonché la gravità dei danni suscettibili di verificarsi e i costi da sopportare per potenziale di lesione<sup>146</sup>.

### **§ 2.1.1. Lo sviluppo della teoria del rischio e la categoria del “rischio adeguato”**

Un ruolo primario nell'approfondimento del tema del rischio consentito nel panorama dottrinale italiano va riconosciuto all'opera di Militello<sup>147</sup>, in cui l'Autore adopera l'espressione “rischio adeguato”. È possibile rintracciare un principio comune al quale si sono ispirate le diverse applicazioni del parametro in questione, e per cui

---

<sup>142</sup> Sul punto, M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004, p. 458 ss.

<sup>143</sup> Sul punto, M. GALLO, Voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 640.

<sup>144</sup> Sul punto, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 210 ss.

<sup>145</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 36.

<sup>146</sup> Sul punto, C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre*, München, Beck C.H., 1997, p. 933, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 37.

<sup>147</sup> Sul punto V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988.

l'ordinamento non può vietare in generale ogni attività, che sia possibile fonte di offese per gli oggetti meritevoli di tutela. In merito al fondamento della liceità, proseguendo lungo la direttrice già tracciata da Bricola, l'Autore prospetta la distinzione tra rischio consentito dall'ordinamento nel suo complesso, che, dunque, limita in via generale ed astratta l'area di disvalore penale associata all'attività considerata, e rischio consentito dall'avente diritto ai sensi dell'art. 50 c.p.<sup>148</sup>. Mentre nella cornice tracciata da questa disposizione soggetto dell'accettazione è il titolare degli interessi esposti a rischio e oggetto di accettazione è il prodursi dell'offesa, quando opera il criterio del rischio consentito in senso stretto l'accettazione è "prestata" dall'ordinamento e concerne il pericolo connaturato all'attività svolta, e non già l'offesa vera e propria, che, anzi, il sistema normativo mira generalmente a prevenire<sup>149</sup>.

L'Autore fa riferimento a due accezioni di rischio consentito funzionalmente contrapposte e complementari tra loro: l'una rivolta ad impedire, l'altra a fondare il giudizio di imputazione penale. È, così, tracciata nella sua interezza la dicotomia relativa agli effetti dell'impiego del concetto di rischio in ottica endosistemica (esclusione e, viceversa, fondamento della responsabilità penale)<sup>150</sup>. Le riflessioni sul rischio consentito sviluppano il primo elemento dell'alternativa, mentre il secondo è approfondito con la declinazione del concetto di rischio in rapporto al nesso tra condotta ed evento.

In secondo luogo, Militello traccia una relazione di alterità tra rischio e pericolo<sup>151</sup>. Un primo elemento di differenziazione tra rischio e pericolo è, infatti, individuato nel diverso grado di recezione a livello del diritto positivo: la ricorrenza del concetto di pericolo è registrata in numerose disposizioni incriminatrici, mentre il rischio non è elemento espresso di alcuna fattispecie penale<sup>152</sup>. Un secondo elemento di differenziazione riguarderebbe, invece, il diverso atteggiarsi del rischio e del pericolo nell'ambito della relazione di possibilità che unisce un'attività umana ad un evento offensivo di beni giuridici: tale relazione rappresenta il nucleo comune delle due nozioni, nonché una delle ragioni dell'ambiguità esistente tra i due termini<sup>153</sup>. Con

---

<sup>148</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 36 ss.

<sup>149</sup> Sul punto, C. PEDRAZZI, Voce *Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 140 ss., ora in ID., *Diritto penale*, vol. I, *Scritti di parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 229 ss.

<sup>150</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 42.

<sup>151</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 17 ss.

<sup>152</sup> *Ibidem*.

<sup>153</sup> *Ibidem*.

riguardo al primo elemento di tale relazione di possibilità, e cioè alla condotta, la differenza tra rischio e pericolo dipenderebbe dal fatto che il giudizio di accertamento dell'uno e dell'altro si rifà ad un momento diverso dalla sequenza che unisce azione ed evento<sup>154</sup>. Mentre il pericolo è accertato sulla base degli elementi verificatisi anche successivamente alla condotta, assumendo come limite temporale il prodursi dell'evento, nella base del giudizio di accertamento del rischio (come adeguato o meno) confluiscono soltanto le circostanze precedenti o concomitanti alla condotta stessa. Rispetto al secondo termine della relazione di possibilità, ossia all'evento, la differenza consisterebbe nel fatto che solo nelle fattispecie nelle quali opera il criterio del rischio (consentito) l'evento è elemento del fatto tipico, mentre non lo è nelle norme penali per le quali rileva il pericolo<sup>155</sup>.

Il concetto di rischio assunto da Militello quale filo conduttore della propria ricerca si precisa, dunque, proprio grazie al confronto con il pericolo: per un verso, il richiamo al rischio come chiave di lettura della teoria del reato è, in realtà, circoscritto allo specifico settore dei reati d'evento; per altro verso, proprio dall'evento, che pur si sia nei fatti verificato, occorre prescindere nel giudizio di accertamento del rischio, posto che quest'ultimo, quale rischio consentito, impone valutazioni anticipate al momento della condotta<sup>156</sup>. Secondo la lettura in esame, il giudizio relativo al rischio consentito non prende in considerazione un rapporto di implicazione tra condotta ed evento basato *in primis* su elementi naturalistici, ma, derivando da una finzione (giacché si finge *contra factum* l'evento concreto che, invece, si è verificato), assume una connotazione "esclusivamente normativa"<sup>157</sup>. Sul piano ermeneutico, l'indagine può sfociare, infatti, in un esito alternativo, accertando che al concetto di rischio compete una semplice funzione servente rispetto ad altri istituti penalistici, limitandosi a chiarire i termini dell'operatività di questi ultimi e senza assurgere al rango di vero e proprio elemento costitutivo del reato; ovvero che, all'opposto, al rischio spetta il ruolo di componente autonoma del reato, col corollario rappresentato dalla necessità di precisare i contenuti del relativo statuto<sup>158</sup>. In tale eventualità il concetto di rischio costituirebbe oggetto di un processo di formalizzazione di natura puramente dogmatica, dal momento che verrebbe assunto tra gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice senza però

---

<sup>154</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 21.

<sup>155</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 31.

<sup>156</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 44.

<sup>157</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 34.

<sup>158</sup> *Ibidem*.

una necessaria corrispondenza lessicale con la norma penale intesa come enunciato linguistico e che, dunque, potrebbe anche non ricomprendere il termine “rischio”. Anche la prospettiva incriminatrice, che presuppone un’attività di ricognizione normativa, si abbina ad un duplice ordine di conclusioni<sup>159</sup>: la lettura del dato positivo potrebbe confermare che, in una certa legislazione penale di impronta preventiva, l’elemento del rischio resta sullo sfondo politico-criminale, limitandosi a svolgere il ruolo di *ratio essendi* della normativa; in alternativa, l’analisi potrebbe, però, anche consentire di individuare disposizioni incriminatrici il cui enunciato comprenda – direttamente o mediamente – il termine “rischio”, rendendo così necessario coordinare il dato lessicale della norma penale con la fattispecie incriminatrice e chiarire a quale elemento costitutivo del fatto tipico il “rischio” sia da ricondurre. Posto che l’attività pericolosa è associata ad una valutazione di utilità sociale, lo svolgimento di essa non può dare origine a responsabilità penale in ogni caso, ma solo a partire da un certo livello del rischio stesso<sup>160</sup>.

Il riconoscimento della natura graduale del rischio si accompagna, tuttavia, ad una serie di problematiche ulteriori: anzitutto, in una scala di rischio è necessario identificare il livello che consente di contemperare l’interesse allo svolgimento dell’attività pericolosa con l’interesse alla tutela dei beni esposti agli effetti negativi dell’attività stessa<sup>161</sup>. L’analisi di Militello si basa sulla ricostruzione differenziata della tipicità dei modelli di reato secondo la tripartizione che distingue le tipologie del reato doloso, del reato colposo e della responsabilità oggettiva<sup>162</sup>. In tale contesto, il terreno esclusivo di declinazione del criterio del rischio consentito è individuato nel reato colposo. In una prospettiva politico-criminale, infatti, il richiamo al rischio consentito si giustifica come “correttivo di una costruzione dell’illecito eccessivamente ampia per i caratteri propri della nuova criminalità colposa”<sup>163</sup>: al cospetto dell’accresciuta importanza prasseologica delle attività pericolose socialmente utili, il rischio consentito è identificato come parametro che esclude la responsabilità penale dell’agente per gli eventi prodottisi a seguito dell’ordinario esercizio dell’attività medesima; dal momento che al settore di occupazioni in esame

---

<sup>159</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 14 ss.

<sup>160</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 14.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

<sup>162</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 55 ss., 205 ss., 257 ss.

<sup>163</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 58.

è coesistente un certo gradiente di rischio, l'esercente non può essere ritenuto responsabile per ogni offesa involontaria che ne possa conseguire, pena la rinuncia allo svolgimento dell'attività stessa<sup>164</sup>. La nozione di rischio consentito diviene, dunque, centrale per selezionare gli eventi rispetto ai quali è legittimo muovere un rimprovero per colpa all'agente<sup>165</sup>.

Dal punto di vista strutturale, nel contesto di una concezione normativa della colpa, il rischio consentito opera in abbinamento al profilo della prevedibilità dell'evento, escludendo dal novero degli eventi rimproverabili quelli, pur prevedibili, che siano espressione della pericolosità fisiologica dell'attività socialmente utile<sup>166</sup>. Più precisamente, il criterio del rischio consentito costituisce un requisito di tipicità della condotta colposa, alla cui definizione essa concorre unitamente al concetto di dovere di diligenza<sup>167</sup>. L'impostazione di Militello risolve, poi, anche l'ulteriore questione della determinazione della soglia del rischio consentito attraverso un vero e proprio giudizio di adeguatezza del rischio, compendiabile nei seguenti termini: (a) momento del giudizio: dalla distinzione operata con riguardo ai concetti di rischio e pericolo discende che il momento, al quale riportare il giudizio di adeguatezza del rischio, coincide con l'atto conclusivo della condotta<sup>168</sup>; (b) parametro di adeguatezza: il parametro in base al quale valutare il rischio associato alla condotta tenuta in concreto si ottiene attraverso un ragionamento per classi di attività, operando una generalizzazione delle caratteristiche distintive della condotta e individuando le modalità – definite in autonomia rispetto ad eventuali prassi – in grado di neutralizzare o minimizzare il potenziale offensivo del tipo di comportamento in valutazione<sup>169</sup>. Gli interessi sociali allo svolgimento dell'attività pericolosa, da un lato, e alla tutela dei beni esposti ad eventuali offese, dall'altro lato (ossia il grado di pericolosità dell'attività in questione), si contrappongono già in sede di definizione del parametro di adeguatezza del rischio<sup>170</sup>. Sotto entrambi i profili l'apprezzamento richiede di stimare una pluralità di fattori, posto che la pericolosità è “funzione di tre variabili: il grado di probabilità dell'evento, il tipo di bene in gioco, il numero di offese

---

<sup>164</sup> *Ibidem*.

<sup>165</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 59.

<sup>166</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 67 ss.

<sup>167</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 128 ss.

<sup>168</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 154.

<sup>169</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 160 ss.

<sup>170</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 165.

possibili”<sup>171</sup> e sull’interesse sociale per la condotta incidono, invece, sia il profilo qualitativo del “tipo” di beni al cui soddisfacimento è orientata l’attività, sia quello quantitativo del “grado” di vantaggiosità dell’azione<sup>172</sup>; (c) l’unità di misura: essa, consistente nell’adeguatezza del rischio associato ad una determinata tipologia di condotta, non è quantificata numericamente mediante il ricorso ad un valore-soglia, ma è frutto di una valutazione complessiva delle grandezze già richiamate in una “scala di graduazione del rischio”<sup>173</sup>, nella quale interesse sociale allo svolgimento dell’attività e pericolosità della stessa si presentano come direttamente proporzionali: quanto maggiore la pericolosità coesistente all’attività, tanto maggiore l’interesse sociale al suo svolgimento, affinché il rischio corrispondente possa considerarsi adeguato.

### **§ 2.1.2. Gli ulteriori sviluppi della teoria del rischio: il “rischio doloso” come indicatore oggettivo del dolo eventuale**

Proseguendo nell’esame dell’approccio endosistemico al concetto di rischio, si nota come tale strumentalità risulta, in realtà, confermata anche dagli usi di impronta apparentemente soggettiva<sup>174</sup>. In proposito, il riferimento riguarda il dolo eventuale, che viene considerato dalla giurisprudenza e dalla dottrina tradizionali come un coefficiente di colpevolezza intimamente legato al concetto di rischio<sup>175</sup>.

A livello strutturale, appare di rilievo per l’indagine l’impostazione teorica assunta da Canestrari<sup>176</sup> che, nel tracciare una linea di confine tra responsabilità per dolo e responsabilità per colpa, individua come perno del dolo eventuale la peculiare situazione oggettiva di rischio (o “pericolo situazionale”) che risulta qualitativamente differente rispetto al potenziale di offesa coesistente al reato colposo: la distanza tra dolo eventuale e colpa cosciente sarebbe, cioè, una distanza tra differenti situazioni di rischio e non si incardinerebbe esclusivamente sulla presenza o meno, nell’una e nell’altra ipotesi, dell’elemento della volontà. Sul rapporto con il contiguo istituto del

---

<sup>171</sup> *Ibidem.*

<sup>172</sup> *Ibidem.*

<sup>173</sup> Sul punto, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 170.

<sup>174</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 142.

<sup>175</sup> Sul punto, E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, p. 764; M. GALLO, *Voce Dolo (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 768; M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004, p. 441 ss.

<sup>176</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999.

pericolo, l'esame della teoria del dolo eventuale consolida l'impressione, già maturata con riguardo all'approccio endosistemico, che difetti tuttora un autonomo statuto teorico del concetto di rischio, almeno nella misura in cui nell'impiego dottrinale e prasseologico esso è ancora considerato sostanzialmente come sinonimo di "pericolo"<sup>177</sup>.

Gli orientamenti maturati in seno alla dottrina penalistica sul tema del dolo eventuale si caratterizzano in una doppia direzione: oggettivistico e soggettivistico<sup>178</sup>. Le teorie soggettivistiche ritengono che la peculiarità del dolo eventuale sia da ricercare nella componente volitiva, anche se attenuata rispetto alle altre forme di dolo. Secondo le teorie oggettivistiche, invece, il tratto distintivo del dolo eventuale va ricercato nella particolare qualità della situazione di rischio, che è nota all'agente al momento della condotta; la partecipazione psicologica al fatto si risolve, così, in una rappresentazione e la componente volitiva passa in secondo piano<sup>179</sup>. Rispetto a tale dibattito, Canestrari si colloca in posizione intermedia, poiché, nella sua prospettiva, la necessità di ancorare il dolo eventuale alla componente oggettiva costituita dalla situazione di rischio è il presupposto dei successivi elementi soggettivi della rappresentazione e della volizione, la cui sussistenza deve essere verificata autonomamente<sup>180</sup>. Il concetto di rischio è richiamato sia dall'approccio soggettivistico, sia dall'approccio oggettivistico al dolo eventuale; tanto che l'assenza di chiarezza sulla struttura del coefficiente in esame può essere correlata proprio all'impiego ricorrente e trasversale del termine rischio con attribuzione al medesimo di ruoli diversi nella ricostruzione dell'istituto<sup>181</sup>. Pur dovendosi considerare "misto" (cioè oggettivo e soggettivo al tempo stesso), il contributo di Canestrari si distingue, tuttavia, per la composizione analitica del primo elemento del dolo (eventuale), rappresentato dal pericolo situazionale<sup>182</sup>. In tale prospettiva, i principali interlocutori sono costituiti da coloro che, nella dicotomia appena richiamata, appartengono alla corrente oggettivistica pura e sviluppano l'analisi del coefficiente doloso con

---

<sup>177</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 10 ss., 20.

<sup>178</sup> Sul punto, L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1087 ss.

<sup>179</sup> Sul punto, L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1088.

<sup>180</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 145.

<sup>181</sup> *Ibidem*.

<sup>182</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 21.

riferimento alla nozione di rischio<sup>183</sup>. Tra i contributi che pongono in relazione rischio e dolo eventuale, la pertinenza per l'indagine dell'impianto di Canestrari non è dovuta soltanto all'accento posto sul rischio come elemento afferente alla fattispecie oggettiva dolosa e colposa, ma anche ad alcune opzioni metodologiche caratterizzanti. In tal senso, è da menzionare la scelta di procedere alla ricostruzione strutturale del coefficiente soggettivo in esame senza perdere di vista il momento del relativo accertamento processuale e tracciando, anzi, un collegamento stretto tra l'istituto di diritto sostanziale e la sua prova, anche per reazione agli orientamenti della prassi propensi all'adozione di schemi presuntivi<sup>184</sup>.

Tale punto di partenza consente di rilevare la peculiarità del dolo eventuale come oggetto di prova: al pari di qualsiasi altro coefficiente doloso, infatti, il dolo eventuale presenta un contenuto naturalistico e fattuale che appartiene alla sfera cognitiva e volitiva interiore dell'agente, ma l'accertamento nel processo è tendenzialmente di tipo indiretto, nel senso che l'esistenza di una tale forma di coinvolgimento psichico è comprovata sulla base di una serie di elementi oggettivi che, in quanto tali, non descrivono, né concorrono a formare la "situazione spirituale" del soggetto, ma ne rappresentano la "dimensione (esteriore) secondo canoni socialmente riconoscibili"<sup>185</sup>. Nella fase di giudizio di imputazione, dunque, e nello schema di accertamento indiretto, è essenziale individuare correttamente gli elementi oggettivi dai quali è legittimo inferire l'esistenza del dolo (eventuale). Occorre, poi, rifuggire dalla tentazione di ridurre il dolo (eventuale) a questo solo sostrato esteriore, posto che, altrimenti, l'accertamento del coefficiente psichico si trasformerebbe in una vera e propria presunzione di dolo (*dolus in re ipsa*)<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> In particolare, W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundlagen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, 1983, così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 146. Sul punto si veda anche S. CANESTRARI, *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2001, p. 914.

<sup>184</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 312.

<sup>185</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 20, nonché p. 260.

<sup>186</sup> Sul punto, F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, p. 7, 18, 23; L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 1065; M. GALLO, *Voce Dolo (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 802; C.F. GROSSO, *Voce Dolo (diritto penale)*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, p. 11; A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (In tema di dolo eventuale, dolus in re ipsa ed errore su legge extrapenale)*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, Jovene, 1991, p. 119 ss., 123 ss.; C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2000, p. 317; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 382 ss.

Nella prospettiva di Canestrari, il concetto di rischio “doloso” risulta decisivo proprio in sede di definizione dell’elemento oggettivo sul quale poggia il menzionato accertamento indiretto, allo scopo di distinguere il dolo eventuale non solo dalla colpa, ma anche dalle altre forme di dolo<sup>187</sup>. L’elemento del rischio, infatti, assume una duplice valenza oggettiva: (a) per un verso, in qualità di situazione tipica di rischio doloso, che accomuna tutte le forme di dolo (intenzionale, diretto, eventuale), differenziandole dalla colpa, ed esprime uno stato di pericolo per il bene tutelato corrispondente a quello richiamato dal giudizio di idoneità degli atti nel delitto tentato (art. 56 c.p.)<sup>188</sup>; (b) per altro verso, in qualità di situazione tipica di rischio doloso indiretto (ossia corrispondente al solo dolo eventuale), che distingue tale forma di colpevolezza sia dalle altre varianti del dolo, sia dalla colpa cosciente, e si definisce in negativo rispetto alla misura oggettiva della colpa e alla figura dell’agente modello<sup>189</sup>. A margine delle diverse teorie che ricostruiscono il dolo eventuale con accenti cognitivi o volitivi, riducendo di volta in volta l’importanza rispettivamente della volizione o della rappresentazione quale momento costitutivo del coefficiente soggettivo, Canestrari sottolinea l’essenza naturalistica del dolo eventuale: anche alla luce del dettato dell’art. 43 c.p., dal punto di vista strutturale esso comprende, infatti, sia rappresentazione, che volizione<sup>190</sup>. Il soggetto che agisce con dolo eventuale, in possesso dei corrispettivi elementi cognitivi, ha maturato una vera e propria decisione personale per la possibile violazione del bene giuridico, che deve riflettersi nella dimensione “estrinseca” e “sociale” del coefficiente psichico stesso. A questo riguardo, riprendendo le riflessioni sulle “caratteristiche esteriori” e, in particolare, sugli “indicatori” del dolo<sup>191</sup>, Canestrari rintraccia le coordinate essenziali della distinzione tra responsabilità per dolo eventuale e per colpa cosciente nella particolare fisionomia che nell’uno e nell’altra assume il c.d. “pericolo situazionale”, ossia

---

<sup>187</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 149.

<sup>188</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 919.

<sup>189</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 158 ss., 197.

<sup>190</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 73 ss., 261 ss.; A. BONDI, *I reati aggravati dall’evento tra ieri e domani*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, p. 192 ss.; L. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 1068.

<sup>191</sup> Sul punto, W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. Pen.*, 1991, trad. it. dell’originale *Kennzeichen des Vorsatzes*, in G. DORNSEIFER, E. HORN, G. SCHILLING, W. SCHONE, E. STRUENSEE, D. ZIELINSKI, *Gedachtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 289 ss., così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 151.

l'elemento oggettivo che fa da base per l'inferenza del coefficiente doloso e che distingue sia le diverse varianti del dolo tra loro, sia il dolo dalla colpa.

La dottrina in esame sottolinea, infatti, la composizione non bipartita, ma in sostanza tripartita del dolo, dal momento che la sequenza di rappresentazione e volizione presuppone come terzo elemento la pericolosità di una situazione per il bene giuridico protetto dalla fattispecie<sup>192</sup>. È, dunque, il potenziale di offesa (il rischio) che incombe sul bene tutelato a delinarsi alla mente di chi agisce con dolo e ad informarne la decisione per la lesione (perseguita, certa o solo possibile a seconda della specie di dolo considerata) del bene stesso.

Da un lato, perciò, la situazione di rischio costituisce il punto di riferimento del contenuto naturalistico del dolo (inteso, in ogni caso, come unione di rappresentazione e volizione); dall'altro lato, essa svolge, nell'ottica dell'accertamento processuale, il ruolo di indicatore fondamentale della presenza stessa del dolo (soprattutto per le versioni del coefficiente di colpevolezza dotate di minore pregnanza sotto il profilo volitivo)<sup>193</sup>. Nella proposta di definizione di Canestrari, la differenza qualitativa, che separa il pericolo situazionale indicativo della presenza del dolo eventuale da quello indicativo della colpa cosciente, è presentata come riflesso delle differenze registrabili a livello di tipicità tra reato doloso e colposo, alle quali è connessa a sua volta una differente valutazione normativa delle sfere di rischio imputabili all'agente<sup>194</sup>. L'impostazione in commento riconosce al rischio consentito solo la funzione di parametro di classificazione delle attività quali permesse o illecite in astratto, senza attribuire ad esso un valore euristico ulteriore rispetto alla condotta concreta<sup>195</sup>. Il rischio consentito permette di distinguere tra condotte che si inseriscono in un contesto di rischio di base di per sé illecito e condotte, invece, rientranti in un contesto di rischio di base consentito; tuttavia, l'esame della struttura del fatto in maggior dettaglio – in particolare, per accertare se sia rinvenibile o meno un indicatore del dolo (eventuale) – non può essere compiuta con l'ausilio della semplice nozione di rischio consentito,

---

<sup>192</sup> Sul punto, W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. Pen.*, 1991, trad. it. dell'originale *Kennzeichen des Vorsatzes*, in G. DORNSEIFER, E. HORN, G. SCHILLING, W. SCHONE, E. STRUENSEE, D. ZIELINSKI, *Gedachtnisschrift für Armin Kaufmann*, p. 500; S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 75; S. CANESTRARI, *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 924; P. VENEZIANI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium iuris*, 2001, p. 74.

<sup>193</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 152.

<sup>194</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 104.

<sup>195</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 125 ss.

essendo necessaria, invece, l'analisi del pericolo situazionale, che evidenzia come quest'ultimo tenda ad assumere assetti differenti a seconda del contesto di rischio di base (lecito o illecito) di riferimento<sup>196</sup>.

Lo studio del pericolo situazionale fornisce una chiave di lettura razionale degli orientamenti della prassi che attribuisce un peso specifico diverso alla colpa cosciente e al dolo eventuale<sup>197</sup>. Tra i coefficienti di colpevolezza si verifica, infatti, una distribuzione naturale dello spazio applicativo, a seconda che la condotta concreta afferisca ad un contesto di base illecito o meno, proprio in ragione della qualità della corrispondente situazione di rischio. In contesto illecito, il pericolo situazionale è tendenzialmente doloso (con conseguente prevalenza del dolo eventuale a livello prasseologico); in contesto lecito, esso è invece tendenzialmente colposo (con conseguente maggior frequenza dei casi di colpa cosciente). In contesto di rischio di base illecito, il pericolo situazionale è il punto di riferimento di un giudizio di riconoscibilità non filtrato dal parametro dell'agente modello, se non in ipotesi anomale, nelle quali l'attività di base, pur penalmente illecita, incarna comunque in sé un bilanciamento di interessi e presenta un certo margine di utilità sociale<sup>198</sup>. In un contesto di rischio di base consentito, il perno dell'accertamento del coefficiente di colpevolezza è rappresentato – oltre che dall'esame delle conoscenze effettive in possesso dell'autore della condotta – dal rapporto di congruenza tra il pericolo situazionale e la costellazione di rischi che è competente a gestire l'agente modello corrispondente all'attività pericolosa, ma consentita ed esercitata in concreto. Entro tale cornice, poi, il pericolo correlato alla singola condotta è un indicatore della presenza del dolo in due ipotesi: (i) quando non è possibile ricostruire un agente modello di riferimento per la condotta svolta in concreto; ovvero (ii) quando il rischio associato alla condotta concreta fuoriesce dalla visuale del relativo agente modello, trovandosi, perciò, al cospetto di un rischio rispetto al quale una valutazione di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, come richiesto dalla misura oggettiva della

---

<sup>196</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 122 ss.; S. CANESTRARI, *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 911 ss., p. 927; G. FORTE, *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 233 ss.

<sup>197</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 122 ss.; ID., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 911 ss., 927; G. FORTE, *Ai confini tra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 233 ss.

<sup>198</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 135 ss, 140, 142 ss.

colpa, non può essere formulata, poiché l'assunzione del potenziale di offesa in questione comporta la dismissione dei panni dell'agente modello da parte del soggetto concreto<sup>199</sup>. Nella prospettiva in esame, i profili di rilevanza del concetto di rischio rispetto al dolo eventuale si bipartiscono, in conclusione, secondo la dicotomia tra istituto di diritto sostanziale e relativo accertamento processuale, essendo il rischio determinante nell'accertamento del dolo eventuale e operando come "indicatore" in veste di pericolo situazionale correlato alla condotta concreta<sup>200</sup>. Con riguardo all'istituto di diritto sostanziale, il rischio non possiede alcuna valenza costitutiva, non essendo oggetto del dolo eventuale, ma rappresentando, piuttosto, un elemento "normativamente rilevante per la tipicità della condotta" compiuta con dolo eventuale<sup>201</sup>; in altre parole, il rischio è un tratto distintivo della condotta associata ad un pericolo situazionale doloso ed incarna la dimensione esteriore, socialmente riconoscibile, del dolo eventuale<sup>202</sup>.

## § 2.2. Il concetto di rischio nell'approccio esosistemico

Nel panorama dottrinale dedicato all'analisi del rapporto tra rischio e diritto penale, accanto alle riflessioni di impronta endosistemica si registrano posizioni di segno diverso, contraddistinte e accomunate dalla considerazione del rischio come fattore pre- ed extra-normativo di cambiamento del sistema penale. La differenza tra ottica endo- ed esosistemica trae origine da una trasformazione che investe la visione stessa del diritto penale: solo l'approccio esosistemico, infatti, si rende promotore di una analisi condotta dall'esterno del diritto penale<sup>203</sup>, ponendo l'accento sul legame che unisce contesto sociale e sistema penale e che è ritenuto alla base della fisionomia presentata, di volta in volta, dal diritto penale stesso. Quest'ultimo, in altre parole, assumerebbe una composizione variabile, sia sul piano dogmatico, che sul piano normativo, a seconda delle peculiarità del sistema sociale di riferimento.

---

<sup>199</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 155 ss, 158, 199, 241, 304 ss., 319; ID., *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 903, ID., *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 922 ss., 938 ss.

<sup>200</sup> Sul punto, M. GALLO, *Voce Dolo (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 792.

<sup>201</sup> Sul punto, S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999, p. 157.

<sup>202</sup> Sul punto, M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 5.

<sup>203</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, 2010, p. 169.

In primo luogo, la prospettiva esosistemica attribuisce al concetto di rischio il ruolo di elemento distintivo dello sfondo macrosociologico, all'interno del quale opera il diritto penale e la funzione originariamente assegnata al rischio consiste nella caratterizzazione del contesto sociale<sup>204</sup>. Con una precisazione: tale accezione sociologica del termine rischio non ostacola e, anzi, alimenta il processo di declinazione del concetto stesso in chiave endosistemica con accenti che, spesso, ricalcano l'approccio già esaminato<sup>205</sup>. Tuttavia, la specificità dell'ottica esosistemica risiede nel fatto di spiegare i profili di rilevanza del rischio registrati all'interno del sistema penale come un portato dell'influenza esplicata dal rischio sociologico, senza calarli, in altre parole, in una dimensione immanente puramente dogmatica<sup>206</sup>. Secondo tale prospettiva, infatti, da una parte, il rischio non rappresenta la cifra distintiva di un contesto sociale qualsiasi, ma qualifica il particolare contesto sociale che corrisponde, in senso lato, all'attualità<sup>207</sup>; dall'altra parte, il rischio è adoperato come nozione di sintesi per identificare gli elementi che rendono il presente orizzonte sociologico significativamente diverso rispetto al passato<sup>208</sup>. Nell'accezione considerata, il rischio assume pertanto la valenza di nozione di avanguardia moderna e, al tempo stesso, di fattore di cesura e discontinuità tra le fasi dello sviluppo sociale.

In secondo luogo, il perno dell'impostazione esosistemica è rappresentato dalla relazione dinamica che intercorre tra rischio inteso come grandezza sociologica e il diritto penale<sup>209</sup>. L'implicazione decisiva, tracciata dai fautori della prospettiva in commento sulla premessa che la società attuale sia caratterizzata dal rischio nel senso appena chiarito, è che il cambiamento dello scenario sociale avvii un processo omologo di mutazione del sistema penale con conseguente modificazione dei relativi connotati di struttura<sup>210</sup>. La dinamica descritta si iscrive nella cornice ideale che

---

<sup>204</sup> *Ibidem.*

<sup>205</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, 2010, p. 170.

<sup>206</sup> *Ibidem.*

<sup>207</sup> Sul punto, G. QUINTERO OLIVARES, *I reati di pericolo nella politica criminale del nostro tempo*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte. Atti del convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*, p. 347-351, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 170.

<sup>208</sup> Sul punto, F. HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte. Atti del convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*, p. 359, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 170.

<sup>209</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Giuffrè, 2010, p. 170.

<sup>210</sup> Sul punto, E. HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin 1993, p. 12 ss.; U. KINDHÄUSER, *Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft*, in *Universitas*, 1992, p. 227; H. MÜLLER-DIETZ, *Aspekte und*

considera il diritto penale alla stregua di una scienza giuridico sociale: esso si giustifica, cioè, se e in quanto supera il vaglio di effettività rispetto ai compiti di tutela al medesimo assegnati all'esito della dialettica politico-criminale, che raccorda le istanze provenienti dalla collettività con i moduli operativi della disciplina penalistica<sup>211</sup>. Su tale schema classico interviene la specificità dello sfondo sociale qualificato dal rischio, imponendo di verificare come quest'ultimo influenzi l'interscambio tra domanda e offerta di pena e, in particolare, le correnti di consenso sociale in entrata e in uscita rispetto alla legislazione penale<sup>212</sup>.

Appare, perciò, chiaro come tale filone dottrinario determini un mutamento di paradigma se non della concezione del diritto penale, quanto meno nell'approccio allo studio del rischio nel diritto penale: il cambiamento di prospettiva moltiplica, infatti, i profili sotto i quali è legittimo discutere di un ruolo del concetto di rischio nell'operatività del sistema penale e che spaziano dal versante politico-criminale a quello normativo<sup>213</sup>. L'approccio esosistemico è, inoltre, peculiare rispetto allo schema dicotomico (prospettiva ermeneutica e incriminatrice) impiegato per sistematizzare i contributi della scienza penalistica dedicati all'esame del concetto di rischio: mentre il filone endosistemico approfondisce esclusivamente la dimensione ermeneutica, l'impostazione esosistemica, sulla scia della valutazione globale tra rischio sociologico e sistema penale, valuta la rilevanza del concetto di rischio anche in prospettiva incriminatrice, con ciò risultando ampliato il ventaglio dei modelli di

---

*Konzepte der Strafrechtsbegrenzung*, in GEPPERT K., J. BOHNERT, R. RENGIER, *Festschrift für Rudolf Schmitt*, Tübingen, Mohr, 1992, p. 104; C. PRITZWITZ, *Funktionalisierung des Strafrechts*, in *StV*, 1991, p. 438; ID., *Società del rischio e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 374 ss.; L. SCHULZ, *Kausalität und Strafrechtliche Produkthaftung. Materiell und Prozessrechtliche Aspekte*, in W. LÜBBE, *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Berlin, New York, W. De Gruyter, 1994, p. 80; C.J. SUAREZ GONZALEZ, *Diritto penale e rischi tecnologici*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte. Atti del convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*, p. 413, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 171.

<sup>211</sup> Sul punto, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, trad. it. dell'originale *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, II ed., Berlin, New York, W. De Gruyter, 1973, p. 37. Sul punto anche W. HASSEMER, *Introduzione*, in L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte. Atti del convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*, p. 4, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 171. Inoltre, C.E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, *ibi*, p. 257 ss., 270.

<sup>212</sup> Sul punto, C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1992, p. 866 ss.

<sup>213</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 173.

tutela presi in considerazione, che non è più limitato al reato di evento, ma ricomprende le diverse forme di anticipazione della tutela nell'ambito del pericolo<sup>214</sup>.

Un'ultima annotazione concerne l'intrinseca ambiguità terminologica dell'approccio esosistemico al concetto di rischio. Infatti, non è in gioco soltanto la distinzione tra rischio e pericolo, che si ripresenta con le stesse caratteristiche già registrate per l'impostazione endosistemica, giacché l'incertezza semantica investe, ancor prima, i poli della dinamica sulla quale si incardina la stessa prospettiva esosistemica, e, quindi, il rischio sociologico, da un lato, e il corrispondente sistema penale, dall'altro lato<sup>215</sup>, con la complicità degli studi specialistici che delineano modelli di società anche nominalmente incentrati sul concetto di rischio, che assurge a emblema della specificità del contesto attuale di vita collettiva. Al tempo stesso, il rischio esprime, per sintesi, l'abbinamento tra lo sfondo sociologico e il sistema penale implementato a partire da esso, che è, dunque, in questo senso un diritto penale (della società) del rischio<sup>216</sup>. Ma la nomenclatura di "diritto penale del rischio" ricorre in una diversa accezione, cioè per denotare l'esito complessivo della penetrazione del concetto di rischio nella struttura del diritto penale (in particolare, a livello dei singoli istituti della teoria generale del reato) in conseguenza dell'adattamento del sistema normativo al mutato quadro sociale<sup>217</sup>. L'idea centrale, variamente declinata nei singoli contributi specialistici, è che la società attuale sia tanto influenzata nella propria organizzazione dall'elemento del rischio, da potersi ragionevolmente qualificare, sulla scorta dell'espressione coniata da Beck<sup>218</sup>, come una "società del rischio" (c.d. *Risikogesellschaft*).

### **§ 2.2.1. I differenti modelli di società del rischio e la dinamica della relazione tra rischio e diritto penale**

Nell'insieme delle riflessioni dedicate al rapporto tra società attuale e rischio, si possono individuare almeno tre differenti approcci, che si traducono in altrettanti

---

<sup>214</sup> *Ibidem*.

<sup>215</sup> *Ibidem*.

<sup>216</sup> Sul punto, F. HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte. Atti del convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*, p. 359, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 174.

<sup>217</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 174.

<sup>218</sup> Sul punto, U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1986.

modelli di società del rischio<sup>219</sup>. Per comodità di analisi, essi possono essere descritti nei seguenti termini: (a) il concetto di *Risikogesellschaft* elaborato da Beck è alla base di un primo modello, qualificabile come oggettivistico; (b) si rinvia, poi, un secondo modello di società del rischio, che può essere considerato sociologico in senso stretto<sup>220</sup>; (c) infine, vi è un terzo modello, che si connota in senso soggettivistico<sup>221</sup>.

Secondo il modello oggettivistico, la peculiarità della società del rischio risiede nel suo substrato materiale, che sprigiona pericoli rilevanti per dimensioni ed effetti, di portata anche auto-distruttiva<sup>222</sup>. Nel processo di definizione della società del rischio, il principale interlocutore è qui rappresentato dalla società industriale tradizionalmente intesa, rispetto alla quale la società del rischio individua un contesto sociale radicalmente diverso in ragione della presenza e dell'operatività del fattore "rischio"<sup>223</sup>. Quest'ultimo sta ad indicare la carica potenziale di offesa che il progresso tecnico-scientifico, applicato su scala economica, globalmente diffonde a discapito di beni ritenuti meritevoli di tutela<sup>224</sup>. Nel modello oggettivistico, pertanto, il termine "rischio" sta ad indicare, nello specifico, il rischio tecnologico e non presenta divergenze di significato rispetto al termine "pericolo", che appare impiegato sostanzialmente come sinonimo<sup>225</sup>. La rilevanza del concetto di rischio per il diritto penale è solitamente discussa, infatti, dalla dottrina di impronta esosistemica in relazione a istanze di tutela connesse a tale tipologia di rischio, con conseguente

---

<sup>219</sup> Sul punto, C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, 1993, p. 49 ss., p. 167 ss.

<sup>220</sup> Sul punto, A. EVERS, H. NOWOTNY, *Über den Umgang mit Unsicherheit. Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1987, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 175.

<sup>221</sup> Sul punto, F.X. KAUFMANN, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, 2. Auf., Stuttgart, Enke, 1973, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 176.

<sup>222</sup> Sul punto, U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag AG Sep, 1986, p. 35; S. LATOUCHE, *La Megamacchina. Ragione tecnoscientifica, ragione economica e mito del progresso. Saggi in memoria di Jacques Ellul*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995 (trad. it. dell'originale *La Megamachine. Raison technoscientifique, raison économique et le mythe du Progres. Essais à la mémoire de Jacques Ellul*, Paris, La Decouverte, 1995), p. 29 ss.; E. AGAZZI, *Il bene, il male e la scienza. Le dimensioni etiche dell'impresa scientifico-tecnologica*, Rusconi, 1992, p. 42 ss., come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 176.

<sup>223</sup> Sul punto, U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag AG Sep, 1986, p. 25 ss., 46 ss.; ID., *La società globale del rischio*, Trieste, Asterios, 2001 (trad. it. dell'originale *World Risk Society*, Cambridge, Polity Press, 1999), p. 153 ss.; A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Il Mulino, 1994 p. 16.

<sup>224</sup> Sul punto, S. LATOUCHE, *La Megamacchina. Ragione tecnoscientifica, ragione economica e mito del progresso. Saggi in memoria di Jacques Ellul*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995 (trad. it. dell'originale *La Megamachine. Raison technoscientifique, raison économique et le mythe du Progres. Essais à la mémoire de Jacques Ellul*, Paris, La Decouverte, 1995), p. 44 ss.

<sup>225</sup> Sul punto, C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, 1993, p. 55 ss.

selezione sia dei beni giuridici, sia dei vettori d'offesa rilevanti<sup>226</sup>. L'ambito del sistema penale interessato dall'elemento "rischio" risulta, di conseguenza, circoscritto soltanto ad alcuni settori del diritto penale, che coincidono, in parte, con la categoria delle attività pericolose socialmente utili, già significativa per la prospettiva endosistemica, ma ne amplificano la portata principalmente per il fatto che la società del rischio comporta una svolta epocale<sup>227</sup>. Nella dottrina penalistica assume, inoltre, particolare rilievo l'abbinamento tra rischio tecnologico e organizzazione produttiva operato da alcuni contributi *lato sensu* sociologici, anch'essi riconducibili al punto di vista oggettivistico<sup>228</sup>.

Il modello sociologico in senso stretto, ulteriormente, sottolinea le strategie messe a punto dalla *Risikogesellschaft* per porre sotto controllo l'insicurezza<sup>229</sup>. In tale prospettiva, la società del rischio può candidarsi ad essere una società sicura sul piano sia oggettivo, che soggettivo, a patto che sviluppi non solo tecniche funzionali alla neutralizzazione materiale del singolo potenziale di offesa, con conseguente incremento della sicurezza oggettiva, ma anche procedimenti di condivisione pubblica delle scelte inerenti ai rischi che coinvolgono la collettività, con un vantaggio corrispondente in termini di sicurezza soggettiva. Viene, così, tracciata una distinzione tra pericolo e rischio, secondo la quale il pericolo identifica un potenziale di offesa allo stato puro, mentre è rischio il potenziale di offesa opportunamente gestito per il tramite dell'organizzazione sociale allo scopo di renderne prevedibile e, dunque, controllabile l'esito<sup>230</sup>. La differenza tra pericolo e rischio appartiene, in questo caso, al piano dell'analisi sociologica e si radica non tanto sul dato naturalistico identificato dall'uno o dall'altro vocabolo, quanto, piuttosto, sul processo di rielaborazione e

---

<sup>226</sup> Sul punto, R. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, C. Heymanns, 2002, p. 165 ss.; C. ROXIN, *Die Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Eser/Hassemer/Burkhardt, München, 2000, p. 373; K. SEELMAN, *Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht*, in *NJW*, 1990, p. 1257; G. STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts?*, in *ZStW*, 1993, p. 679, 689; W. WOHLERS, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik moderner Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, 2000, p. 21, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 178.

<sup>227</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 178.

<sup>228</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 179.

<sup>229</sup> Sul punto, A. EVERS, H. NOWOTNY, *Über den Umgang mit Unsicherheit. Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1987, p. 20 ss.

<sup>230</sup> Sul punto, A. EVERS, H. NOWOTNY, *Über den Umgang mit Unsicherheit. Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, Suhrkamp, 1987, p. 32, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 180.

tematizzazione sociale avente ad oggetto il potenziale di offesa; processo, che, in un caso, sarebbe presente (“rischio”) e, nell’altro, assente (“pericolo”).

Anche nel modello soggettivistico il concetto di società del rischio assume accenti paradossali. Se, nello schema sociologico in senso stretto, il paradosso consisteva nel predicare la sicurezza (oggettiva e soggettiva) di una società nominalmente insicura come la *Risikogesellschaft*, in questo caso il paradosso risiede nell’accostamento tra la sicurezza oggettiva delle condizioni di vita garantite dall’attuale contesto sociale (soprattutto se paragonate al passato) e il senso di insicurezza che, ciò nonostante, pervade la collettività<sup>231</sup>. Secondo il modello soggettivistico, nessun accorgimento procedurale può porre rimedio alla circostanza che la società del rischio si senta esposta al pericolo più che in passato e su tale sentimento collettivo di insicurezza non esplica alcun effetto la consapevolezza della maggior sicurezza oggettiva assicurata oggi dall’organizzazione sociale<sup>232</sup>. La sensazione di insicurezza sarebbe, infatti, coesistente alla condizione esistenziale che l’essere umano vive nella *Risikogesellschaft* e, in una società frammentata e articolata in ogni settore funzionale, il singolo versa in uno stato di disorientamento e precarietà perché non ha più alcun controllo diretto sulle proprie condizioni di vita, che sono salvaguardate dall’operatività di sistemi complessi indipendenti da sé, così perdendo i punti di riferimento sociali del passato<sup>233</sup>. Il modello soggettivistico individua nel sentimento di insicurezza collettiva un elemento essenziale non solo della società del rischio nel suo complesso, ma, in particolare, del processo di percezione del rischio da parte del corpo sociale, e il passaggio qualificante di tale approccio risiede nel riconoscere che, al di là degli elementi di fatto che compongono il potenziale di offesa, il rischio esiste come tema sociale se e nei termini in cui la collettività ne abbia percezione<sup>234</sup>. A differenza del modello oggettivistico di *Risikogesellschaft*, che propone una lettura del fattore rischio circoscritta al rischio tecnologico, l’interpretazione soggettivistica interviene come una categoria estensiva sul catalogo delle possibili declinazioni del concetto di rischio, poiché consente di attribuire rilievo a qualsiasi problematica sulla

---

<sup>231</sup> Sul punto, Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma, Bari, Laterza, 2008 (trad. it. dell’originale *Liquid Fear*, Cambridge, Polity Press, 2006), p. 161 ss.

<sup>232</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 182.

<sup>233</sup> Sul punto, C. PRITWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, 1993, p. 74.

<sup>234</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 184.

quale si appunti il senso di insicurezza collettiva<sup>235</sup>. Tra le declinazioni più recenti meritano di essere menzionate il rischio terroristico<sup>236</sup>, il rischio finanziario<sup>237</sup>, nonché, più in generale, la retorica imperniata sul diritto alla sicurezza<sup>238</sup>. Formulate a partire dagli anni Settanta sulla scia del dibattito che ha diviso governi e apparati scientifico-industriali, da un lato, e opinione pubblica, dall'altro lato, sul tema dell'accettabilità dei rischi di lesione connessi allo sviluppo tecnologico, tali teorie descrivono la percezione del rischio come processo sociale a carattere: (a) ingegneristico<sup>239</sup>; (b) culturale<sup>240</sup>; (c) integrato<sup>241</sup>.

Il modello ingegneristico, qualificabile come razionalista ed oggettivistico, è sviluppato dalla c.d. teoria analitica del rischio (c.d. *risk analysis*), secondo la quale il rischio è un “costrutto concettuale di tipo esclusivamente probabilistico”<sup>242</sup>, descritto dalla frequenza attesa dell'evento non voluto, ed è passibile di valutazione razionale attraverso un diagramma costi/benefici<sup>243</sup>. Le conclusioni che si raggiungono sul piano del *risk assessment* (valutazione del rischio) si riflettono, in modo lineare, sul c.d. *risk*

---

<sup>235</sup> Sul punto, Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma, Bari, Laterza, 2008 (trad. it. dell'originale *Liquid Fear*, Cambridge, Polity Press, 2006), p. 16 ss.

<sup>236</sup> Sul punto, Z. BAUMAN, *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza*, 2002, p. 259 ss.; ID., *La società sotto assedio*, 2002, p. 82 ss.; ID., *Paura liquida*, Roma, Bari, Laterza, 2008, p. 127 ss., 189 ss.; ID., *Modus vivendi. Inferno e utopia del mondo liquido*, 2007, p. 17 ss.; J. BOURKE, *Paura. Una storia culturale*, Roma, Bari, Laterza, 2007 (trad. it. dell'originale *Fear. A Cultural History*, London, Virago Press, 2005), p. 363 ss.; P. CERI, *La società vulnerabile. Quale sicurezza, quale libertà*, Roma, Bari, Laterza, 2003, p. 39 ss.; G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, 2006, p. 64 ss., p. 76 ss.

<sup>237</sup> Sul rischio finanziario, in special modo connesso alla crisi dei mercati in atto dal 2007, M. ONADO, *I nodi al pettine. La crisi finanziaria e le regole non scritte*, Roma, Bari, Laterza, 2009, p. 3 ss., p. 70 ss., p. 123 ss.; S. SEMINARA, *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 269 ss.; A. TAVERNA, *Il mercato avido. Finanza degli eccessi e regole tradite*, Bologna, Mulino, 2009, p. 107 ss.; T. PADOA-SCHIOPPA, *La veduta corta. Conversazione con Beda Romano sul Grande Crollo della finanza*, Bologna, Mulino, 2009, p. 15 ss., 30 ss., 59 ss., 85 ss.; P. PRODI, *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell'Occidente*, Bologna, Mulino, 2009, p. 376 ss. Sulla fisiologia del rischio finanziario, G. BERTOLA, *Il mercato*, Bologna, Mulino, 2006, p. 65 ss., 78 ss.; F. GALIMBERTI, *Economia e pazzia. Crisi finanziarie di ieri e oggi*, Roma, Bari, Laterza, 2002, p. 210 ss.; B.B. MANDELBROT, R.L. HUDSON, *Il disordine dei mercati. Una visione frattale di rischio, rovina e redditività*, Torino, Einaudi, 2005 (trad. it. dell'originale *The (mis)Behavior of Markets. A Fractal View of Risk, Ruin and Reward*, New York, Basic Books, 2004), p. 9 ss., 20 ss., 28 ss., 71 ss., 189 ss., 221 ss.; A. MUTTI, *Finanza sregolata? Le dimensioni sociali dei mercati finanziari*, Bologna, Mulino, 2008.

<sup>238</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 186-187.

<sup>239</sup> Sul punto, A. MARINELLI, *La costruzione del rischio. Modelli e paradigmi interpretativi delle scienze sociali*, 1993, p. 23.

<sup>240</sup> Sul punto, M. DOUGLAS, *Come percepiamo il pericolo. Antropologia del rischio*, Milano, Feltrinelli, 1991 (trad. it. dell'originale *Risk Acceptability According to the Social Sciences*, New York, Russell Sage Foundation, 1985); ID., *Rischio e colpa*, Bologna, Mulino, 1996 (trad. it. dell'originale *Risk and Blame: Essays in Cultural Theory*, London, New York, Routledge, 1992).

<sup>241</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 197-198.

<sup>242</sup> Sul punto, A. MARINELLI, *La costruzione del rischio. Modelli e paradigmi interpretativi nelle scienze sociali*, Franco Angeli, 1993, p. 25.

<sup>243</sup> Sul punto, D. LUPTON, *Il rischio. Percezione, simboli, culture*, Bologna, Mulino, 2003 (trad. it. dell'originale *Risk*, London, Routledge, 1999), p. 23.

*management* (gestione del rischio), ossia su come si decide di affrontare il rischio e, secondo tale prospettiva, il timore, che il rischio ingenera nell'opinione pubblica, è determinato dal differenziale di conoscenza di cui soffre la collettività dei non esperti<sup>244</sup>, non rappresentando un disincentivo rilevante.

Secondo il modello culturale – o soggettivistico, orientato quindi al valore – la percezione del rischio è, invece, determinata da fattori culturali<sup>245</sup> e, precisamente, dall'appartenenza ad un gruppo culturalmente abituato ad interpretare il substrato materiale del rischio in termini problematici, nonché dal possesso degli strumenti culturali necessari per rielaborare i dati oggettivi disponibili sul rischio in informazione sul rischio<sup>246</sup>. Dal momento che tali caratteristiche non sono proprie soltanto degli ambienti scientifici, al processo di percezione del rischio prendono parte tutti gli attori sociali coinvolti (eventualmente attraverso le rispettive istituzioni in qualità di depositarie della cultura del gruppo)<sup>247</sup>. In tale schema, la percezione del rischio è il prodotto della dialettica tra i diversi interlocutori sociali, senza che il contributo degli uni possa essere considerato corretto in assoluto o più corretto rispetto a quello degli altri<sup>248</sup>.

Il terzo modello spiega la percezione del rischio integrando le riflessioni della c.d. teoria analitica e della teoria culturale del rischio nel c.d. proceduralismo scientifico<sup>249</sup>: l'una, infatti, è riduttiva, perché ritiene che il rischio sia una realtà puramente scientifica e ne sottovaluta le componenti etiche<sup>250</sup>; l'altra sbaglia nel considerare il rischio come una grandezza solo sociologica trascurandone gli aspetti scientifici<sup>251</sup>. Per un verso, non è corretto ritenere, come fa il modello ingegneristico, che siano obiettive soltanto le valutazioni dei fatti non condizionate da valori; per altro verso,

---

<sup>244</sup> Sul punto, A. MARINELLI, *La costruzione del rischio. Modelli e paradigmi interpretativi nelle scienze sociali*, Franco Angeli, 1993, p. 24.

<sup>245</sup> Sul punto, D. LUPTON, *Il rischio. Percezione, simboli, culture*, Bologna, Mulino, 2003 (trad. it. dell'originale *Risk*, London, Routledge, 1999), p. 30 ss., 43 ss.

<sup>246</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 199.

<sup>247</sup> Sul punto, M. DOUGLAS, *Come percepiamo il pericolo, Antropologia del rischio*, Feltrinelli, 1991, p. 109 ss.; ID., *Rischio e colpa*, Il Mulino, 1996, p. 63 ss.; A. MARINELLI, *La costruzione del rischio. Modelli e paradigmi interpretativi nelle scienze sociali*, Franco Angeli, 1993, p. 93.

<sup>248</sup> Sul punto, M. SCHWARZ, M. THOMPSON, *Il rischio tecnologico. Differenze culturali e azione politica*, Milano, Guerini e Associati, 1993 (trad. it. dell'originale *Divided We Stand: Redefining Politics, Technology and Social Choice*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1990), p. 183 ss.

<sup>249</sup> Sul punto, K.S. SHRADER-FRECHETTE, *Valutare il rischio. Strategie e metodi di un approccio razionale*, Milano, Guerini e Associati, 1993 (trad. it. dell'originale *Risk and Rationality. Philosophical Foundations for Populist Reforms*, Berkeley, Los Angeles, University of California Press, 1991), p. 58.

<sup>250</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 200.

<sup>251</sup> *Ibidem*.

non è esatto affermare che il rischio esprime solo giudizi di valore, dal momento che attraverso il giudizio di rischio si esaminano relazioni di pericolo reale<sup>252</sup>. La soluzione andrebbe, dunque, ricercata a metà tra l'oggettività della *risk analysis* e la soggettività della *cultural theory* e consiste in una obiettività scientifica di carattere procedurale, che sia sinonimo di imparzialità, ma non di assenza di valori: infatti, in tema di rischio, i giudizi di valore sono inevitabili e non solo in occasione della procedura di valutazione del rischio, ma già con riguardo alla scelta del metodo per identificarlo<sup>253</sup>. I giudizi di valore costellano, peraltro, l'intero processo decisionale, che non presenta difficoltà di ordine logico, ma piuttosto dilemmi, ossia occasioni di scelta fra più alternative governate dal criterio della preferenza, e non dalla necessità, e, dunque, legittimate negli esiti in virtù di un giudizio di valore<sup>254</sup>. Dal momento che l'amministrazione del rischio non può prescindere da giudizi di valore e, quindi, da un certo tasso di arbitrarietà, il solo modo per renderla più equa consiste nell'accrescere il tasso di democraticità del processo decisionale: da una parte, in sede di valutazione del rischio, i diagrammi costi/benefici e l'analisi quantitativa di tradizione positivista andranno integrati con tecniche di calcolo etiche; dall'altra parte, in sede di gestione del rischio, la scelta dovrà orientarsi sui rischi meno costosi da un punto di vista non strettamente economico, ma socio-economico<sup>255</sup>.

La relazione fra il rischio, inteso come cifra distintiva del contesto sociale attuale, e il diritto penale si impernia sulla circostanza che il rischio (tecnologico, alla luce del modello oggettivistico di *Risikogesellschaft*) opera come fattore di destabilizzazione della collettività che ne risulti coinvolta (e abbia percezione del proprio coinvolgimento)<sup>256</sup>. L'interscambio tra il rischio, quale grandezza sociologica, e il

---

<sup>252</sup> Sul punto, K.S. SHRADER-FRECHETTE, *Valutare il rischio. Strategie e metodi di un approccio razionale*, Milano, Guerini e Associati, 1993 (trad. it. dell'originale *Risk and Rationality. Philosophical Foundations for Populist Reforms*, Berkeley, Los Angeles, University of California Press, 1991), p. 60.

<sup>253</sup> Sul punto, K.S. SHRADER-FRECHETTE, *Valutare il rischio. Strategie e metodi di un approccio razionale*, Milano, Guerini e Associati, 1993 (trad. it. dell'originale *Risk and Rationality. Philosophical Foundations for Populist Reforms*, Berkeley, Los Angeles, University of California Press, 1991), p. 99.

<sup>254</sup> Sul punto, K.S. SHRADER-FRECHETTE, *Valutare il rischio. Strategie e metodi di un approccio razionale*, Milano, Guerini e Associati, 1993 (trad. it. dell'originale *Risk and Rationality. Philosophical Foundations for Populist Reforms*, Berkeley, Los Angeles, University of California Press, 1991), p. 103 ss.

<sup>255</sup> Sul punto, G. FORTI, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, vol. I, p. 633 ss.

<sup>256</sup> Sul punto, A.R. CASTALDO, *La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 1097 ss.; F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo del diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 6 ss.; C.E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale*, in L. STORTONI, L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004, p. 281; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. profili*

diritto penale è abitualmente formalizzato con l'ausilio della teoria dei sistemi sociali di Luhmann<sup>257</sup>, che consente di isolare le correnti di insicurezza collettiva e di interpretarle come sollecitazioni rivolte al mondo politico affinché provveda con gli strumenti giuridici a disposizione<sup>258</sup>. Secondo Luhmann, sul tema del rischio l'azione politica possiede una valenza simbolica, più che operativa, poiché la sua funzione reale è di stabilizzare l'inquietudine ingenerata nella società dalla percezione di un certo rischio attraverso una discussione che plachi l'allarmismo e incrementi la fiducia della collettività nei governanti, al limite prescindendo sia dall'interrogativo relativo all'effettiva fondatezza del rischio percepito, sia dall'obiettivo di neutralizzare concretamente il potenziale di offesa esistente<sup>259</sup>. Nel quadro di una simile politica non si sottrarrebbe alla natura simbolica anche il diritto penale, al quale il legislatore decida di ricorrere come strumento di gestione dei rischi con evidenti ricadute sulla tipologia di legislazione adottabile<sup>260</sup>.

Per un verso, anche tenuto conto delle posizioni espresse dai singoli attori sociali nel processo di definizione del rischio, si tratterebbe di una legislazione penale simbolica "alibi" o "compromesso"<sup>261</sup>. Secondo la "paradigmatica dell'ineffettività" tracciata da Paliero<sup>262</sup>, in nessun caso lo scopo perseguito dalla norma penale consisterebbe, cioè, nella concreta tutela del bene attinto dal potenziale di offesa. Da una parte, la norma penale "alibi" servirebbe soltanto a rinsaldare la fiducia nella collettività circa il fatto che il rischio, alla base del sentimento diffuso di insicurezza, è stato posto sotto controllo dagli esponenti del mondo politico; dall'altra parte, la

---

*dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 6 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 232 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003, p. 515 ss.

<sup>257</sup> Sul punto, N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1980; ID., *Sociologia del rischio*, Milano, Mondadori, 1996 (trad. it. dell'originale *Soziologie des Risikos*, Berlin, W. De Gruyter, 1991); ID., *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna, Mulino, 1990 (trad. it. dell'originale *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1981), così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 204.

<sup>258</sup> Sul punto, G. JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalism und "alteuropäischen" Prinzipienendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?*, 1995, W. De Gruyter, p. 843.

<sup>259</sup> Sul punto, N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, Mondadori, 1996 (trad. it. dell'originale *Soziologie des Risikos*, Berlin, W. De Gruyter, 1991), p. 188.

<sup>260</sup> Sul punto, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 21, che osserva come, nell'interazione con il diritto penale, il rischio operi alla stregua di un "fattore pre-giuridico di criminalizzazione".

<sup>261</sup> Sul punto, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 539.

<sup>262</sup> Sul punto, C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 537.

norma penale “compromesso”, pur esaudendo formalmente il desiderio dell’opinione pubblica di salvaguardare dal rischio tecnologico determinati beni di interesse comune, verrebbe, di fatto, incontro agli esponenti del mondo scientifico, economico o tecnocratico, consentendo loro di dare seguito alla propria attività di ricerca e produzione senza timore di un eventuale giudizio di responsabilità penale a loro carico<sup>263</sup>.

Per altro verso, si tratterebbe, ove il bilanciamento di interessi lo renda possibile, di una legislazione penale puramente preventiva con funzione di direzione del comportamento dei consociati<sup>264</sup>. Preferendo proibire una tecnologia sicura, piuttosto che consentire il ricorso ad una tecnologia pericolosa per l’immediato vantaggio ricavabile in termini di pacificazione collettiva, essa si risolverebbe in una legislazione del divieto *tout court* rispetto allo svolgimento delle attività socialmente percepite come rischiose<sup>265</sup>. In un modello puro, l’adozione di una simile normativa penale potrebbe anche prescindere dalla necessità che sul rischio in questione vi sia incertezza scientifica, come, invece, richiesto dal principio di precauzione, dal momento che in questo caso lo strumento penale sarebbe espressione di una politica simbolica che, paradossalmente, non si cura né della fondatezza, né della concreta neutralizzazione del rischio<sup>266</sup>. L’eventualità di una legislazione penale puramente preventiva richiede, poi, una ponderazione ispirata ad estrema cautela, poiché mette in discussione la proporzione tra la compressione della sfera delle libertà, da un lato, e la tutela della sicurezza, dall’altro lato, nonché i cardini del sistema costituzionale penale quale, *in primis*, il principio di offensività<sup>267</sup>. Il rischio consentito è, dunque, espressione di un giudizio di bilanciamento tra l’interesse allo svolgimento di un’attività pericolosa e l’interesse alla protezione dei beni meritevoli di tutela; in breve, tra libertà e sicurezza<sup>268</sup>. Ma, se il modello oggettivistico di *Risikogesellschaft* è rappresentativo del contesto sociale attuale, è legittimo domandarsi se al concetto di rischio consentito debba essere attribuita una portata differente rispetto alle acquisizioni di coloro che

---

<sup>263</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 206.

<sup>264</sup> Sul punto, N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna, Mulino, 1990 (trad. it. dell’originale *Ausdifferenzierung des Rechts. Beitrage zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1981), p. 81 ss.

<sup>265</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 207.

<sup>266</sup> *Ibidem*.

<sup>267</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003, p. 4; P. CERI, *La società vulnerabile. Quale sicurezza, quale libertà*, Roma, Bari, Laterza, 2003, p. 93 ss.

<sup>268</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 209.

non avevano maturato la stessa consapevolezza delle premesse sociologiche dell'indagine penalistica<sup>269</sup>. L'ambito di elezione del rischio consentito è rappresentato tradizionalmente dal reato colposo e dalla categoria delle attività pericolose socialmente utili, ma la specificità della società del rischio risiede nel fatto che tale ultima classe di condotte cessa di rappresentare un'eccezione nell'insieme delle attività socialmente utili e diviene strutturale: in altre parole, secondo il modello di *Risikogesellschaft* adottato, le attività socialmente utili sono generalmente attività pericolose<sup>270</sup>. Di conseguenza, divengono strutturali anche la tensione dialettica e la necessità di una composizione tra le ragioni della libertà e quelle della sicurezza, e diviene strutturale la stessa logica del rischio consentito che sintetizza l'esito di un simile bilanciamento di interessi, cosicché l'indirizzo esosistemico interpreta le ricadute del modello della società del rischio sul concetto di rischio consentito come uno spostamento dei confini dell'area di liceità individuata da quest'ultimo<sup>271</sup>.

### **§ 2.2.2. Dal diritto penale “della prevenzione” al diritto penale “dirigistico”: la funzione incriminatrice del rischio e il diritto penale come strumento di previdenza sociale**

Secondo alcune opinioni<sup>272</sup>, l'approccio esosistemico coinvolge differenti livelli, che non riguardano soltanto le modificazioni maturate all'interno del contesto sociale e, quindi, del corrispondente sistema penale, ma anche le trasformazioni inerenti al correlato modello di Stato. L'analisi viene, dunque, basata sulla premessa macrosociologica che descrive la società attuale come una *Risikogesellschaft*, in contrapposizione con il precedente storico costituito dalla società industriale<sup>273</sup>. A decenni di distanza, il concretizzarsi del rischio terroristico, l'avverarsi del rischio finanziario non solo in episodi di portata più o meno distruttiva su scala globale, ma soprattutto nella crisi degli stessi mercati finanziari, hanno scardinato la semantica del rischio inteso come fattore che ingenera insicurezza collettiva e la dinamica della

---

<sup>269</sup> *Ibidem*.

<sup>270</sup> Sul punto, U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp Verlag AG Sep, 1986, pp. 25, 35.

<sup>271</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 210.

<sup>272</sup> Sul punto, C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, 1993, p. 50 ss., così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 217.

<sup>273</sup> Sul punto, C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, 1993, p. 50 ss.

relazione tra rischio e diritto penale è mediata dalle trasformazioni che, nel mutato quadro sociale, coinvolgono il modello stesso di Stato al cui interno s'inscrive la disciplina penalistica<sup>274</sup>.

Tale tematica, che è corrente nei contributi di impronta esosistemica, merita attenzione soprattutto in vista di una presa di posizione circa il riconoscimento di una continuità o di una discontinuità rispetto al passato della transizione al diritto penale della società del rischio e, anche a questo livello, il fattore che solleciterebbe un adattamento del sistema-Stato sarebbe costituito dall'evolversi del contesto sociale in una *Risikogesellschaft*. In sostanza, in via preliminare rispetto agli interrogativi marcatamente penalistici, la domanda è se il rinnovato scenario collettivo modifichi i compiti propri dell'organizzazione statale a paragone di come essi si erano venuti definendo nella società industriale e, in questo modo, la trattazione del diritto penale apparirebbe conseguente rispetto agli assestamenti registrati su scala ordinamentale<sup>275</sup>.

I modelli presi in considerazione per verificarne la rappresentatività rispetto all'ipotetico "Stato della società del rischio" attribuiscono al potere pubblico il compito fondamentale di dispensare sicurezza ai propri cittadini ed è appunto la differente caratterizzazione del concetto di "sicurezza" il perno alla base dei diversi schemi proposti<sup>276</sup>. Ad una visione incentrata sull'apprestamento da parte dello Stato di condizioni di sicurezza, in primo luogo, materiale (oggettiva) appartiene il paradigma del c.d. Stato della sicurezza definito come combinazione dello Stato sociale con lo Stato della sorveglianza tecnicamente avanzato<sup>277</sup>. Lo Stato della sicurezza è uno Stato forte e massicciamente presente nella vita dei propri cittadini, che implementa al massimo grado la c.d. politica sociale stabilizzando ogni momento dell'organizzazione collettiva: è uno Stato autoritario che mira a normalizzare l'esistenza degli individui investendo e consolidando il proprio apparato della sicurezza (forze di polizia, *et cetera*), ma in ciò è mosso dalla necessità di compensare, attraverso la regolamentazione, la sorveglianza e il controllo pubblici, le spinte di disintegrazione e il fallimento delle strutture di socializzazione spontanee (come, ad

---

<sup>274</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 219.

<sup>275</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 220.

<sup>276</sup> *Ibidem*.

<sup>277</sup> Sul punto, J. HIRSCH, *Der Sicherheitsstaat. Das Modell Deutschland, seine Krise und die neuen sozialen Bewegungen*. Frankfurt a. M., Europäische Verlagsanstalt, 1980, così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 220.

esempio, la famiglia) che costituivano i punti di riferimento del passato<sup>278</sup>. Il divario è nelle ragioni alla base dei moti centrifughi che attraversano la società: questi venivano imputati alla “crisi socio-economica del fordismo”<sup>279</sup>, che appare invece ampiamente fuori tempo rispetto ai fattori di destabilizzazione in atto nella società del rischio. Animato da una visione più aggiornata, ma parziale, è il particolare punto di vista, secondo il quale proprio lo Stato della sicurezza reagirebbe a contatto della *Risikogesellschaft*, trasformandosi in una forma qualitativamente diversa: il c.d. “Stato della prevenzione”<sup>280</sup>.

Tale modello si propone di assicurare i propri cittadini non tanto da pericoli concreti (quali possono essere considerati i tradizionali rischi tecnologici), quanto piuttosto da minacce non identificabili *a priori* quali l’attualità suggerisce, ad esempio, in relazione al fenomeno del terrorismo: fonti di rischio invisibili e sconosciute, che dopo un periodo di latenza durato anni o decenni si attivano improvvisamente in un luogo inaspettato e con modalità imprevedibili, ma con una forza d’azione di grande intensità<sup>281</sup>. Di fronte al rischio terroristico, lo sforzo richiesto alla macchina organizzativa pubblica si modifica rispetto ai parametri dello Stato della sicurezza: l’azione di regolamentazione, sorveglianza e controllo diviene, se possibile, ancora più pervasiva e si rivolge indiscriminatamente nei confronti di ogni cittadino, non per irreggimentarlo nei canoni corrispondenti all’ideale del cittadino regolarmente inserito, ma piuttosto per sorvegliare la quotidianità della condizione di “cittadino regolare”, dal momento che è proprio nell’apparente conformità e integrazione sociale che, in simile prospettiva, si concentra il fattore di rischio<sup>282</sup>.

---

<sup>278</sup> Sul punto, J. HIRSCH, *Der Sicherheitsstaat. Das Modell Deutschland, seine Krise und die neuen sozialen Bewegungen*. Frankfurt a. M., Europäische Verlagsanstalt, 1980, p. 93, così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 221.

<sup>279</sup> Sul punto, J. HIRSCH, *Der Sicherheitsstaat. Das Modell Deutschland, seine Krise und die neuen sozialen Bewegungen*. Frankfurt a. M., Europäische Verlagsanstalt, 1980, p. 94, così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 220.

<sup>280</sup> Sul punto, E. DENNINGER, *Der Präventionsstaat*, in *KJ*, 1988, p. 1 ss.; M. DONINI, M. PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, 2011, p. 3561; C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, 1993, p. 135, così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 222.

<sup>281</sup> Sul punto, E. DENNINGER, *Freiheit durch Sicherheit? Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 10-11/2002, p. 22, così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 222.

<sup>282</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 222.

“Dal diritto penale della prevenzione al diritto penale dirigistico”<sup>283</sup>: con queste parole si sintetizza la parabola del diritto penale nella società del rischio. Nella menzionata alternativa tra continuità e discontinuità nell’evoluzione della disciplina penalistica, si registra una frattura tra il diritto penale della società industriale (della prevenzione) e quello della *Risikogesellschaft* (dirigistico)<sup>284</sup>. Fra i due intercorrerebbero, per un verso, differenze di struttura, avuto riguardo ai beni giuridici tutelati e ai modelli di incriminazione adottati; per altro verso, differenze di funzione in quanto il diritto penale della società del rischio esalterebbe la strumentalità – intrinseca al mezzo penalistico – alla prevenzione delle offese ai beni giuridici sino a risultarne modificato sul piano identitario<sup>285</sup>. Il divario sul punto può essere così schematizzato: il diritto penale della prevenzione salvaguarda l’integrità dei beni tutelati attraverso la previsione di norme incriminatrici che sanzionano la creazione di un pericolo di offesa (oltre che la causazione del danno); nel diritto penale dirigistico, invece, il disegno di protezione è attuato tramite disposizioni punitive che condizionano il comportamento del destinatario in modo che esso neppure possa diventare pericoloso<sup>286</sup>. In breve: il diritto penale della prevenzione interviene sul pericolo al quale la condotta espone il bene tutelato; il diritto penale dirigistico interviene, invece, sulla condotta, vincolandola per neutralizzare la mera prospettiva che essa diventi pericolosa.

Nel passaggio dall’uno all’altro modello di sistema, appare, dunque, evidente il progressivo arretramento della linea dell’intervento penale, che si attiva attraverso modelli di incriminazione sempre più anticipati nella sfera del pericolo<sup>287</sup>. È, tuttavia, decisiva la differenza di dimensione (più che di scala) che caratterizza l’esplicitarsi di tale valenza: non si tratta semplicemente di un ampliamento su un’area di competenza più vasta della strategia della prevenzione del pericolo già attuata dal diritto penale della società industriale, quanto piuttosto di una modifica del livello di prevenzione dell’offesa, che non coincide più con il momento in cui il pericolo è già esistente (come pericolo concreto o come qualificante la condotta nel reato di pericolo astratto), ma

---

<sup>283</sup> Sul punto, C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, 1993, p. 242, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 223.

<sup>284</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 223.

<sup>285</sup> *Ibidem*.

<sup>286</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 224.

<sup>287</sup> Sul punto, C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, 1993, p. 236, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 224.

corrisponde al piano in cui è ancora in predicato che la condotta possa produrre pericolo<sup>288</sup>. Vi è tempo, cioè, per incidere sul comportamento del destinatario della norma penale e imprimere ad esso una direzione tale da scongiurare l'eventualità che il potenziale di offesa, in quanto tale, insorga. Guidata dal principio di offensività, la dottrina penalistica non può che osservare come simile tecnica di incriminazione si indirizzi verso condotte che non formano oggetto del divieto in quando socialmente inadeguate, ma affinché lo divengano<sup>289</sup>. Il disvalore del fatto così tipizzato dal legislatore penale è interamente formale e sganciato dal piano della compromissione, sia pure potenziale, della consistenza materiale del bene presidiato<sup>290</sup>.

La norma incriminatrice, infatti, non è utilizzata in qualità di strumento di reazione all'offesa (già) portata al bene tutelato, ma per guidare la collettività dei destinatari nelle scelte di condotta che si accingeranno ad operare in futuro<sup>291</sup>. L'assetto funzionale fisiologico dello strumento penale, nel quale stabilizzazione delle aspettative e controllo dei comportamenti si contemperano, si sbilancia pertanto a vantaggio della seconda componente determinando una vera e propria mutazione genetica. L'attenuarsi della funzione di "stabilizzazione delle aspettative di comportamento" rende difficile riconoscere nella norma incriminatrice della *Risikogesellschaft* un mezzo di reazione e, con riguardo agli scopi perseguiti, suggerisce di assimilarla piuttosto al novero dei mezzi di disciplina a disposizione del legislatore<sup>292</sup>. È la peculiare qualità dei pericoli oggettivamente presenti nel tessuto della società del rischio a mettere in moto la parabola del diritto penale appena descritta: catastrofici ed irreversibili quanto alle conseguenze, opachi per ciò che attiene ai processi eziologici, tali pericoli disarmano il diritto penale della prevenzione, ideato per soddisfare le istanze di tutela della società industriale<sup>293</sup>.

Una volta che ritenga di ingerirsi nelle dinamiche tecnologiche e produttive foriere di potenziali di offesa così qualificati, la politica criminale non potrebbe che adottare le forme del diritto penale dirigitico, posto che gli schemi operativi del diritto penale della prevenzione consentirebbero di intervenire soltanto al cospetto di una situazione

---

<sup>288</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 225.

<sup>289</sup> Sul punto, C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, 1993, p. 177, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 225.

<sup>290</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 225.

<sup>291</sup> *Ibidem*.

<sup>292</sup> Sul punto, C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, 1993, p. 236.

<sup>293</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 226.

materiale di pericolo già delineata e per il tramite di misure meramente contenitive<sup>294</sup>. Tuttavia, il diritto penale dirigistico, pur sacrificando l'essenza del mezzo penalistico quale essa si compendia nei principi costitutivi del sistema (offensività, colpevolezza), non impedisce che la società del rischio produca pericoli della tipologia menzionata, né tanto meno può aspirare a controllarli, anche perché il diritto penale del controllo su larga scala consegue risultati non tanto rispetto all'integrità dei beni tutelati, quanto piuttosto sul piano della percezione collettiva del rischio<sup>295</sup>. In tale prospettiva, la dimensione incriminatrice e la dimensione ermeneutica della rilevanza del concetto di rischio per il diritto penale si compenetrano: il processo di adattamento del sistema penale alla *Risikogesellschaft* è mediato, infatti, sia dal legislatore (attraverso la promulgazione delle richiamate norme penali dirigistiche), sia dalla giurisprudenza, per la quale il contesto di azione è rappresentato dalla disciplina penalistica del processo<sup>296</sup>.

Secondo altra prospettiva, allo stesso tempo, è necessario indagare le ragioni che motivano il progressivo incremento delle fattispecie incriminatrici di pericolo astratto all'interno del diritto penale attuale; un incremento così consistente da determinare lo spostamento del baricentro del sistema dal reato d'evento alle forme di tutela più arretrate nell'area del pericolo<sup>297</sup>. L'analisi, in questo caso, si svolge secondo una prospettiva dichiaratamente esosistemica e non si appaga delle spiegazioni meramente dogmatiche, ritenendo necessario scandagliare il substrato materiale alla base delle criminalizzazioni del pericolo<sup>298</sup>. La soluzione all'interrogativo va, dunque, ricercata nelle caratteristiche proprie dello sfondo sociale nel quale l'attività di legislazione penale si colloca e, a differenza della prospettiva precedente, che opta per il connubio tra i diversi modelli di società del rischio elaborati in ambito sociologico, la premessa macrosociologica di tali riflessioni è marcatamente soggettivistica<sup>299</sup>.

In una indagine aggiornata sul concetto di rischio nel diritto penale, che, cioè, tenga conto dell'attuale divaricarsi della semantica del rischio sulla scia delle correnti di

---

<sup>294</sup> *Ibidem*.

<sup>295</sup> Sul punto, C. PRITZWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, 1993, p. 248.

<sup>296</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 227.

<sup>297</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 230.

<sup>298</sup> Sul punto, F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Decker, 1991, p. 48, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 230.

<sup>299</sup> Sul punto, F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Decker, 1991, p. 48, così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 231.

insicurezza collettiva ingenerate da fattori quali il rischio terroristico e il rischio finanziario, l'ottica è, dunque, suscettibile, limitatamente a tale profilo, delle medesime osservazioni svolte con riguardo all'impostazione sincretica. Paradossalmente, il bisogno di sicurezza avvertito dal corpo sociale si intensifica all'aumentare delle condizioni oggettive di vita sicura, poiché la sicurezza è divenuta un valore sociale verso il quale la società, nel suo complesso, tende progressivamente<sup>300</sup>. Al concetto di sicurezza vanno perciò ricondotte due esigenze collettive distinte, giacché il bisogno della sicurezza è inteso, da un lato, come condizione oggettiva dell'esistenza e, dall'altro lato, come pensiero – o senso, o sentimento – della sicurezza<sup>301</sup>. Affinché la società sia pervasa dal senso di insicurezza non è sufficiente che essa viva effettivamente al riparo dai pericoli, ma è necessario che essa sia consapevole della presenza di tale oggettiva sicurezza e, specularmente, il senso di insicurezza si diffonde nel tessuto sociale non solo al cospetto di elementi di pericolo reale, ma anche quando, all'interno della collettività che pure vive oggettivamente al sicuro, il processo di formulazione del pensiero della sicurezza risulta frammentato<sup>302</sup>. Simile eventualità si verifica fisiologicamente nella società moderna, nella quale ogni momento della vita dell'individuo è mediato da strutture organizzative e complessità crescente: per il soddisfacimento di qualsiasi esigenza il singolo è costretto a intraprendere un percorso che coinvolge soggetti e istituzioni a sé estranei, ricavandone una sensazione di disordine e spaesamento<sup>303</sup>. Il processo, mediante il quale l'elemento oggettivo costituito dalla complessità sociale si traduce in un sentimento di insicurezza collettiva, coincide con il processo di percezione sociale del rischio già esaminato: un processo plurale, al quale prendono parte più attori sociali, portatori di una propria concezione della sicurezza e del rischio improntata al dover essere, dal momento che la percezione del pericolo da parte del corpo sociale consegue non tanto all'esistenza del fattore di rischio, quanto piuttosto

---

<sup>300</sup> Sul punto, F.X. KAUFMANN, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, 2. Auflage, 1973, p. 28 ss., 39 ss., così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 231.

<sup>301</sup> Sul punto, F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Decker, 1991, p. 52, così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 232.

<sup>302</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 232.

<sup>303</sup> Sul punto, F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Decker, 1991, p. 54, 56 ss.

alla sua rappresentazione convogliata nel dibattito pubblico dai diversi partecipanti con il contributo decisivo degli esponenti del mondo scientifico<sup>304</sup>.

L'elemento del tutto peculiare è che nella società del rischio rientrerebbe nel novero di tali misure anche il diritto penale (del pericolo astratto), poiché la *Risikogesellschaft* si servirebbe di esso, accanto agli strumenti messi a disposizione dall'ordinamento giuridico, per attuare la propria politica previdenziale<sup>305</sup>. Anche sulla scia dell'eco del principio di responsabilità, l'eventualità che il diritto penale possa fungere da strumento di tutela rispetto alla vita delle generazioni future è ampiamente discussa dalla dottrina di impronta esosistemica<sup>306</sup>. In primo luogo, occorre evidenziare la distanza che separa il nuovo concetto di diritto penale di interesse generale da quello, tradizionale se impiegato come specificazione del diritto penale, di prevenzione<sup>307</sup>. Il diritto penale della prevenzione, usualmente abbinato alle istanze di tutela avanzate dalla società industriale del passato, è strumentale alla neutralizzazione del pericolo creato dalla condotta in danno dell'oggetto della tutela: il disvalore del fatto discende, in tal caso, dalla circostanza che il comportamento incriminato innesca un processo suscettibile di concludersi con l'effettiva compromissione dell'integrità del bene protetto<sup>308</sup>. Il diritto penale incaricato di adempiere a compiti di servizi di interesse generale si svolge in funzioni più articolate: da una parte, è funzionale alla difesa dai pericoli del presente, posto che il concetto presuppone, di fatto, quello di garantire la propria esistenza, ovverosia che le condizioni fondamentali dell'esistenza del futuro siano tutelate già in relazione allo svolgimento della vita attuale; dall'altra parte, gli obiettivi propri del diritto penale appaiono più ampi, in quanto alla logica della previdenza non è estranea una componente proattiva che potrebbe legittimare una sensibile estensione dell'area della rilevanza penale a prescindere dalla ricorrenza di condotte in sé pericolose per il bene tutelato, sul presupposto che la norma incriminatrice possa comunque agevolare il compimento oggi dei comportamenti conservativi delle condizioni fondamentali per l'esistenza del futuro<sup>309</sup>. Ma il prezzo della sicurezza garantito da siffatto paradigma di diritto penale è un sostanziale sacrificio dei diritti di libertà e dei principi dello Stato di diritto. Per rispondere alle

---

<sup>304</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 233.

<sup>305</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 234.

<sup>306</sup> *Ibidem*.

<sup>307</sup> *Ibidem*.

<sup>308</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 235.

<sup>309</sup> *Ibidem*.

esigenze puntuali di assicurazione avanzate dalla collettività, il sistema si pone alla mercé di uno Stato sempre più interventista, che, da un lato, erode i contorni dell'area di rischio consentito, cioè determinando un progressivo contenimento delle sfere di attuazione rischiosa; e, dall'altro, in nome della massimizzazione del benessere, conculca gli interessi che si frappongono alla creazione del sistema delle garanzie che, al tempo stesso, proteggono e conformano la società nelle sue diverse espressioni<sup>310</sup>. Nella prospettiva così delineata, tale condizionamento potrebbe essere ancora più pregnante, poiché il diritto penale non si limita ad allontanare l'eventualità che la condotta inneschi un potenziale di offesa in danno dell'interesse tutelato, ma inserisce la norma incriminatrice in un progetto proattivo di salvaguardia dello scenario oggettivamente favorevole allo svolgimento della vita sociale in futuro.

### **§ 2.2.3. Le prime elaborazioni concettuali correlate alla responsabilità penale del produttore**

La dinamica della relazione tra il diritto penale e la grandezza sociologica del rischio è apprezzata dalla dottrina esosistemica con riguardo a settori specifici della prassi. Tra di essi un ruolo di primo piano spetta al campo della responsabilità del produttore, strettamente legato al progresso tecnologico inteso come fattore di rischio<sup>311</sup>. In via di prima approssimazione, l'espressione "responsabilità del produttore" indica l'insieme delle ipotesi di responsabilità – civile e penale – per le offese provocate ai consumatori in conseguenza della messa in commercio di prodotti difettosi<sup>312</sup>. Accanto a tale nozione, che si può considerare restrittiva, ne è invalsa una più lata, che ricomprende anche la responsabilità per le emissioni inquinanti connesse all'attività produttiva, qualificate "beni negativi" o "prodotti inutili"<sup>313</sup>.

Simile nozione discende dal rilievo che il concetto di rischio ha sia nell'accezione di rischio consentito, sia in relazione alle istanze di tutela connesse all'attività produttiva tecnologicamente avanzata. Si sono, infatti, distinti due capitoli all'interno

---

<sup>310</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 236.

<sup>311</sup> Sul punto, L. KUHLEN, *Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung*, in *JZ*, 1994, p. 1142; W. HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2. Auf., Heidelberg, C.F. Müller, 1996, p. 25; L. SCHULZ, *Kausalität und Strafrechtliche Produkthaftung. Materiell- und prozessrechtliche Aspekte*, W. Lübbe, 1994, p. 40 ss., come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 239.

<sup>312</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 239.

<sup>313</sup> Sul punto, L. KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, C.F. Müller, 1989, p. 24.

della responsabilità del produttore<sup>314</sup>: da un lato, la responsabilità per il tipo di produzione, che si radica sulla specie di attività produttiva complessivamente considerata; dall'altro lato, la responsabilità per modo di produzione, ossia correlata alle modalità (principalmente quelle concernenti la sicurezza del lavoro) attraverso le quali l'attività di produzione viene svolta<sup>315</sup>. A tal riguardo viene precisato che la responsabilità del produttore per il tipo di produzione non riguarda la qualità del prodotto, ma quei settori della produzione che presentano un altissimo grado di pericolosità difficilmente fronteggiabili mediante cautele relative al processo produttivo e soprattutto tali da provocare danni caratterizzati sia da gravità, sia da irreversibilità<sup>316</sup>. Il processo di individuazione della responsabilità del produttore per i danni da prodotto come area omogenea per i profili di rilevanza giuridica (e, nella specie, penalistica) è un corollario delle riflessioni sulla società del rischio e appartiene, anzi, al nucleo tradizionale delle declinazioni del concetto di rischio, che – sempre all'interno di una lettura oggettivistica della *Risikogesellschaft* – si pongono come articolazione problematica del progresso tecnologico<sup>317</sup>.

È questo il settore in relazione al quale principalmente la dottrina vaglia la tesi che i pericoli della modernità siano in grado di plasmare l'ordinamento giuridico e, in particolare, il diritto penale<sup>318</sup>. La responsabilità del produttore è, infatti, calata entro la cornice del reato d'evento (di danno)<sup>319</sup>. La questione dell'osservanza o meno dei confini di un giudizio di imputazione corretto da parte della prassi non andrebbe perciò affrontata isolatamente, ma assieme alla verifica dell'effettività esplicita per tale via dal diritto penale sul piano della prevenzione generale<sup>320</sup>. Una prima questione trae

---

<sup>314</sup> Sul punto, F. BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in AA. VV., *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Atti del Convegno, Milano, 1978, p. 1231 ss.

<sup>315</sup> Sul punto, F. BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in AA. VV., *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Atti del Convegno, Milano, 1978, p. 1234.

<sup>316</sup> *Ibidem*.

<sup>317</sup> Sul punto, E. HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 17 ss., così come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 241.

<sup>318</sup> Sul punto, E. HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 13.

<sup>319</sup> Sul punto, E. HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 43; L. KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1988, p. 26 ss., 168 ss.; A. SCHMUCKER, *Die Dogmatik einer strafrechtlichen Produktverantwortung*, Frankfurt, 2001, p. 46, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 245.

<sup>320</sup> Sul punto, L. KUHLEN, *Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1988, p. 1144, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 247.

origine dalle caratteristiche tecniche ed economiche della responsabilità del produttore: si richiede, infatti, all'interprete del diritto penale di confrontarsi con l'organizzazione produttiva complessivamente considerata, poiché il produttore coincide tendenzialmente con un'impresa organizzata in forma collettiva ed è solo lo schema tradizionale della responsabilità penale ad imporre che quest'ultima sia imputata ad una persona fisica<sup>321</sup>. La ricostruzione della responsabilità all'interno dell'impresa è considerata come un dato di fatto con il quale la dottrina e la giurisprudenza sono chiamate a cimentarsi: per un verso, la complessità – in particolare, sotto il profilo della plurisoggettività – dell'organizzazione impegnata nella produzione, distribuzione e vendita del prodotto<sup>322</sup> può, nella sua opacità, essere di ostacolo ad un pieno esplicarsi delle istanze di difesa dei beni tutelati<sup>323</sup>; per altro verso, per il necessario rispetto dei principi del sistema penale, tale peculiarità strutturale impone di tradurre meccanismi collettivi di responsabilità in giudizi di imputazione che tengano conto dei profili organizzativi e d'impresa e siano calati sul singolo individuo con i conseguenti adattamenti dei parametri di ascrizione della responsabilità<sup>324</sup>. La centralità dell'impresa e dell'organizzazione produttiva ai fini della responsabilità del produttore ha determinato che, proprio nel campo in esame, la dottrina denunciasse l'ostacolo costituito dalla mancata revisione di una forma di imputazione diretta alla persona giuridica delle offese portate ai beni presidiati<sup>325</sup>. Di conseguenza, l'attenzione si è concentrata su istituti *lato sensu* vicari, come il concorso di persone, il regime di responsabilità connesso alla titolarità di un obbligo di

---

<sup>321</sup> Sul punto, PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 247.

<sup>322</sup> Sul punto, K. SEELMAN, *Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht*, NJW, 1990, p. 1260; W. HASSEMER, *Produktverantwortung in modernen Strafrecht*, Heidelberg, 1994, p. 59 ss.; A. SCHMUCKER, *Die Dogmatik einer strafrechtlichen Produktverantwortung*, Frankfurt, 2001, p. 48, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 247.

<sup>323</sup> Sul punto, G. TEUBNER, *Die unsichtbare Cupola: Kausalitätskrise und kollektive Zurechnung*, in W. LÜBBE, *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, 1997, p. 91 ss.; W. LÜBBE, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, 1994, p. 121 ss., come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 247-248.

<sup>324</sup> Sul punto, L. KUHLEN, *Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung*, JZ, 1994, p. 1144, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 248.

<sup>325</sup> Sul punto, B. BOCK, *Produktkriminalität und Unterlassen – zur strafrechtlichen Haftung des Herstellers fehlerhafter Waren unter besonderer Berücksichtigung seiner Handlungspflichten*, Aachen, Shaker, 1997, p. 43; E. HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 69 ss.; L. KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, 1989, p. 58 ss., come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 249. Si veda anche C.E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché, e del per cosa*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1516.

sorveglianza, o proprio dei componenti di un organo dell'impresa o del rappresentante dell'ente<sup>326</sup>.

In secondo luogo, la responsabilità del produttore ha posto all'attenzione i problemi connessi all'accertamento della causalità, dal momento che nella casistica era spesso discussa l'esistenza stessa di leggi scientifiche che collegassero sul piano eziologico l'impiego del prodotto all'offesa sofferta dal consumatore<sup>327</sup>. È a questo livello, nella spiegazione causale, che il rischio emerge quale elemento della fattispecie con valenza imputativa e non esimente, sicché nel particolare ambito considerato il giudizio di imputazione finisce per poggiare complessivamente sul (mero) concetto di rischio, nonostante tale responsabilità sia per l'evento e, in particolare, per l'evento di danno<sup>328</sup>. La matrice prasseologica della responsabilità del produttore come tematica penalistica ha permesso di evidenziare l'intima connessione esistente tra dimensione sostanziale e dimensione processuale della causalità<sup>329</sup>; ed è in questo snodo che si incunea il concetto di rischio. Ai fini dell'accertamento del nesso causale, si è così considerato sufficiente l'apporto conoscitivo ricavabile dallo schema *black-box* con la conseguenza che si è, in sostanza, rinunciato ad individuare l'elemento realmente responsabile dell'evento sul piano eziologico<sup>330</sup>. L'accertamento *black-box* consente di tracciare una implicazione tra un antecedente e un susseguente, a patto che sia verificato: (i) che il legame causale si è sviluppato esclusivamente attraverso la "scatola nera"; e (ii) che non erano operanti fattori esterni e indipendenti dal prodotto<sup>331</sup>. In effetti, nello schema descritto l'attenzione non è puntata tanto sulla spiegazione causale, quanto sull'allegazione di una circostanza ad essa complementare: l'accertamento *black-box*, infatti, non chiarisce che la condotta ha causato l'evento, ma consente di rilevare soltanto, con una certa probabilità, che non esiste una plausibile spiegazione del danno alternativa rispetto all'ipotesi, destinata a rimanere tale, che sia stata proprio la condotta a causare l'evento concreto<sup>332</sup>.

---

<sup>326</sup> Sul punto, E. HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 72 ss.

<sup>327</sup> Sul punto, L. KUHLEN, *Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung*, JZ, 1994, p. 1145 ss.; E. HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, p. 115 ss., 121 ss.

<sup>328</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 250.

<sup>329</sup> Sul punto, W. HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, 1999, p. 28 ss., come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 251.

<sup>330</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 252.

<sup>331</sup> Sul punto, W. HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, 1999, p. 40, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 252.

<sup>332</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 252.

Un tale modello di spiegazione si pone nettamente in contrasto con le acquisizioni tradizionalmente condivise in seno alla scienza penalistica in merito alla struttura e, dunque, all'accertamento del rapporto di causalità tra condotta ed evento<sup>333</sup>. Al fine di poter affermare la responsabilità per l'evento, lo schema della *black-box* non ritiene più indispensabile che siano note all'interprete della norma penale le leggi scientifiche che chiariscono lo svolgimento della dinamica eziologica del fatto a livello empirico, sicché il giudizio di imputazione, in tal caso, poggerrebbe su presupposti minori rispetto a quanto stabilito dal legislatore nella norma incriminatrice del reato d'evento di danno<sup>334</sup>. E ciò benché la disciplina penalistica contenga regole che consentono di pervenire ad una decisione anche nell'eventualità, come è spesso il caso nel settore della responsabilità del produttore, di conoscenze scientifiche parziali circa i legami causali<sup>335</sup>. Ma, al tempo stesso, sostituendo alla necessità impressa alla sequenza causale dal paradigma condizionalistico la mera possibilità suggerita dalla correlazione *black-box*, essa introduce un elemento di rischio anche nella struttura del rapporto di causalità penalmente rilevante, ossia a livello del parametro della decisione<sup>336</sup>. È allora evidente come l'incertezza (il rischio) della decisione non possa che acuirsi in tale ottica: al rischio indotto dalla torbidezza dell'oggetto della decisione, che non può essere diradata attraverso gli strumenti dell'accertamento processuale, si aggiunge il rischio determinato dall'adozione di un parametro di giudizio orientato a esiti non binari (la condotta è o non è causa dell'evento), ma graduati (la condotta è causa dell'evento in certa misura)<sup>337</sup>. Con il ricorso all'accertamento *black-box*, dunque, il concetto di rischio diviene elemento costitutivo del rapporto di causalità ritenuto, da questa prassi, penalmente rilevante e, in tale ipotesi, il termine "rischio" torna ad essere sinonimo di "possibilità", con un significato non lontano da quello che esprime quando è inteso come rischio tecnologico e cifra distintiva del contesto materiale della *Risikogesellschaft*<sup>338</sup>. L'accertamento *black-box*, infatti, a causa delle ipotesi di lavoro su cui si fonda, dimostra che l'evento può essere stato causato dalla condotta, ovvero sia – in una prognosi postuma – che alla condotta è (o meglio era)

---

<sup>333</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 253.

<sup>334</sup> Sul punto, W. HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, 1999, p. 41.

<sup>335</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 253.

<sup>336</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 254.

<sup>337</sup> Sul punto, C. MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Frankfurt a. M., 1998, p. 29 ss.

<sup>338</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 255.

immanente un potenziale di offesa suscettibile di tradursi in un evento del tipo di quello accaduto in concreto, trattandosi, dunque, di un apporto conoscitivo meno pregnante rispetto a quello abbinato all'operatività del paradigma nomologico-deduttivo, che permette, invece, di registrare che la condotta ha causato l'evento concreto<sup>339</sup>.

#### **§ 2.2.4. La responsabilità del produttore in Italia, la rilevanza ermeneutica e incriminatrice del concetto di rischio**

Nella dottrina italiana risulta fondamentale l'analisi dedicata al settore del "danno da prodotto" in quanto paradigmatico dei rapporti che intercorrono tra la società del rischio e il diritto penale<sup>340</sup>. La nozione di responsabilità del produttore è, in questa sede, particolarmente ampia, comprendendo non solo il potenziale di lesione connesso all'immissione sul mercato di prodotti difettosi, ma anche il rischio legato alla produzione in quanto tale<sup>341</sup>. Di conseguenza, si divaricano le coordinate dell'indagine con riguardo sia alle potenziali vittime del fattore di rischio preso in considerazione (cioè alle istanze di tutela), sia ai referenti normativi preposti alla gestione di tale rischio: stante la premessa, l'attenzione si indirizza, infatti, non solo ai settori dell'ordinamento che disciplinano il rischio da prodotto in senso stretto, ma anche a quelli strumentali alla tutela dei beni presenti all'interno e all'esterno del luogo della produzione (dalla sicurezza del lavoro all'ambiente)<sup>342</sup>.

In questa sede l'analisi non si limita ad un vaglio critico degli orientamenti affermatasi a livello prasseologico soppesando la rilevanza del concetto di rischio solo sotto il profilo ermeneutico, ma si estende anche alla dimensione incriminatrice<sup>343</sup>. La peculiarità è che tale ultima valutazione è condotta principalmente *de lege ferenda* (e con specifico riguardo al rischio correlato al prodotto), incentrandosi sull'ideazione del c.d. illecito di rischio quale strumento penale idoneo a rispondere alle istanze di tutela rilevanti nel settore<sup>344</sup>. A differenza dell'approccio, che pure approfondisce gli effetti della relazione tra società del rischio e diritto penale in prospettiva

---

<sup>339</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 256.

<sup>340</sup> Sul punto, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 22, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 266.

<sup>341</sup> Sul punto, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 46.

<sup>342</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 267.

<sup>343</sup> *Ibidem*.

<sup>344</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 268.

incriminatrice, non si esamina soltanto la fisionomia complessiva del sistema di legislazione penale influenzata dal rischio tecnologico, ma viene scandagliata la struttura del modello di incriminazione, che si suggerisce di implementare come strumento di gestione della tipologia di rischio in considerazione<sup>345</sup>.

La ragione sostanziale alla base dell'ingresso del concetto di rischio nel significato che della norma penale scaturisce dall'attività di interpretazione giudiziale deriva dal fattore – pre- ed extra-normativo – del rischio tecnologico e consiste nella ricerca di un bilanciamento accettabile tra gli interessi che si contrappongono nella concreta vicenda offensiva: nella cornice costituita dalla causalità generale e dall'accertamento *black-box*, il rischio deforma struttura e portata dell'istituto giuridico, così come definito dalle acquisizioni in precedenza condivise della scienza penalistica<sup>346</sup>. La necessità di una lettura semplificata del rapporto di causalità penalmente rilevante deriva dalla particolare complessità che gli episodi di danno da prodotto presentano sul piano naturalistico e materiale; l'esame della rilevanza del rischio in prospettiva incriminatrice discende, per converso, dall'opzione a favore del permanere dello strumento penale nel campo della responsabilità del produttore<sup>347</sup>. Dalle difficoltà operative incontrate dal reato d'evento (sia di danno, che di pericolo concreto) e dalle caratteristiche dello sfondo criminologico alla base delle vicende offensive si traggono indicazioni decisive sulla struttura auspicabile per la fattispecie incriminatrice che si proponga di fornire una risposta effettiva alle istanze di tutela del settore: il dato di partenza è che, nel contesto descritto, sono le vittime di fronte al rischio tecnologico e non il reo al cospetto della sanzione penale a presentare un grado maggiore di vulnerabilità, sicché il diritto penale della società del rischio, per poter funzionare, dovrà assumere una morfologia più agile sul versante probatorio, pur nel rispetto delle norme sostanziali e processuali che lo conformano<sup>348</sup>.

La soluzione, in questa prospettiva, è il c.d. illecito di rischio<sup>349</sup>, ideato con specifico riguardo alla tipologia del rischio da prodotto (e non anche alla gamma del

---

<sup>345</sup> *Ibidem*.

<sup>346</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 270.

<sup>347</sup> Sul punto, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 470, come riportato in PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 273.

<sup>348</sup> Sul punto, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 504, come riportato in PERINI C., *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 274.

<sup>349</sup> Sul punto, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 253.

rischio della produzione): dal punto di vista strutturale, il modello di incriminazione proposto si connota perciò nei seguenti termini. Rispetto al catalogo dei modelli di reato disponibili, l'illecito di rischio non corrisponde ad una fattispecie incriminatrice d'evento (di danno o di pericolo concreto) e neppure ad una fattispecie di pericolo astratto e l'eventuale tipizzazione dell'illecito di rischio nelle forme del reato di pericolo astratto non farebbe che riproporre, infatti, le medesime difficoltà applicative già registrate in rapporto al reato di evento<sup>350</sup>. Come articolazione del reato di pericolo concreto, la fattispecie di pericolo astratto richiede, comunque, che un sapere scientifico colleghi la condotta con il possibile prodursi – presunto *ex lege* – di un'offesa in danno del bene tutelato<sup>351</sup>. L'illecito di rischio appartiene, invece, al modello di reato che la dottrina qualifica come norma penale di comportamento ispirata dalla necessità di prevenire e di disciplinare situazioni di rischio che potrebbero persino rivelarsi infondate<sup>352</sup>. La fattispecie incriminatrice è, dunque, del tutto scissa dalla dimensione dell'offensività, così come quest'ultima è intesa tradizionalmente: l'illecito di rischio è associato ad una cifra di disvalore che discende dall'eventualità che la condotta tipica possa fungere da presupposto per un'offesa al bene tutelato; ma la compromissione del bene non appartiene – neanche come opzione oggetto di un giudizio di pericolo (concreto o astratto) – alla prospettiva temporale in cui la norma penale di comportamento trova applicazione, dato che quest'ultima si proietta, invece, in un futuro tanto esteso da ricomprendere anche l'avvicendamento tra generazioni di esseri umani<sup>353</sup>.

L'illecito di rischio così coniato è di estremo interesse, perché si presenta come uno strumento penale che attua l'obiettivo della prevenzione secondo le cadenze associate al diritto penale dirigitivo (e, cioè, prima che il pericolo di offesa sussista nelle forme del pericolo concreto o astratto, e quando è ancora in predicato che la condotta possa produrre pericolo)<sup>354</sup>. Non solo: mirando a preservare la sicurezza e il futuro delle nuove generazioni, esso presenta un'affinità funzionale con il diritto penale dotato di

---

<sup>350</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 274.

<sup>351</sup> Sicché simile fattispecie risulterebbe disarmata di fronte ad episodi di lesione - quali quelli del settore considerato - connotati da "carenza di sufficienti informazioni e di conoscenze (...) sull'idoneità causale di una condotta a produrre un determinato risultato (...). [Rispetto ad essi] il ricorso ad una 'presunzione' appare illegittimo e fuorviante per assoluta mancanza di un apprezzabile *know-how* conoscitivo, ontologico e nomologico" (C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 274).

<sup>352</sup> Sul punto, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 518.

<sup>353</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 275.

<sup>354</sup> *Ibidem*.

compiti di previdenza sociale<sup>355</sup>. Nell'illecito di rischio, dunque, il rischio (inteso come rischio tecnologico) non è semplicemente la *ratio essendi* della norma penale, ma confluisce nella struttura della fattispecie incriminatrice come elemento costitutivo autonomo e, ad integrazione delle premesse dell'indagine, il modello di reato in commento permette, anzi, di chiarire i possibili esiti cui è suscettibile di pervenire l'apprezzamento della rilevanza del concetto di rischio secondo la prospettiva incriminatrice<sup>356</sup>. Inizialmente, si è, infatti, tracciata una pura alternativa tra l'ipotesi che il rischio costituisca il motivo politico-criminale di una certa tipologia di legislazione penale e l'ipotesi che il rischio sia elemento costitutivo del reato, mentre l'analisi evidenzia che tra le due opzioni intercorre un rapporto che non è necessariamente di alternativa, potendo anche consistere in una correlazione, sicché i possibili esiti dell'esame del rischio con riguardo alla rilevanza incriminatrice del medesimo stanno tra loro, in sintesi, in una relazione alternativo-congiuntiva<sup>357</sup>.

Nella struttura dell'illecito di rischio, dunque, al rischio sembra spettare il ruolo di presupposto materiale della condotta o, meglio, di presupposto materiale dell'obbligo di condotta<sup>358</sup>. Il rischio corrisponde, cioè, ad una situazione di fatto, caratterizzata – per rispetto del principio di sussidiarietà e proporzione del diritto penale – dalla presenza di un potenziale d'offesa di una certa intensità per i beni della vita e dell'integrità fisica<sup>359</sup>. Tale potenziale di offesa, dunque, non solo preesiste al comportamento tipico, ma concorre a tipizzarlo<sup>360</sup>. Il principale obbligo di condotta, che, in presenza della descritta situazione oggettiva di rischio, l'illecito in esame impone al produttore come soggetto qualificato, consiste nel tempestivo ritiro del prodotto dal mercato in attuazione del più generale obbligo di minimizzare il rischio derivante dalla circolazione del prodotto<sup>361</sup>. In tale prospettiva, occorre, infatti, prendere atto della difficoltà di formalizzare, al cospetto degli attuali rischi tecnologici, regole modali di comportamento orientate alla riduzione dei pericoli (ossia delle regole

---

<sup>355</sup> Sul punto, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 520.

<sup>356</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 276.

<sup>357</sup> *Ibidem*.

<sup>358</sup> Sul punto, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 537, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 277.

<sup>359</sup> Sul punto, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 538 ss.

<sup>360</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 277.

<sup>361</sup> Sul punto, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, pp. 553-555.

cautelari) con la conseguenza che la definizione del dovere di condotta gravante sul produttore non può che ispirarsi al principio di precauzione, piuttosto che al rischio consentito: alla logica della pura prevenzione, anziché a quella del bilanciamento, attuato per il tramite di uno specifico protocollo cautelare, tra l'interesse della sicurezza e l'interesse allo svolgimento dell'attività pericolosa<sup>362</sup>.

### § 2.2.5. Il rischio come fattore distorsivo del sistema penale

La critica della relazione tra rischio tecnologico e diritto penale si concentra sul rilievo che le istanze di tutela sollevate dalla *Risikogesellschaft* sovrachiano il sistema penale al punto da determinare profonde alterazioni nella struttura del medesimo e, per certi aspetti, vere e proprie contraddizioni con i suoi stessi principi fondativi<sup>363</sup>. L'effetto di manipolazione investirebbe tanto il piano dell'interpretazione e dell'applicazione processuale, quanto il piano della legittimazione e della formulazione della norma penale, ovvero la prospettiva sia ermeneutica, sia incriminatrice, trattandosi essenzialmente di un confronto tra modelli di incriminazione<sup>364</sup>. Il diritto penale classico è il diritto penale del danno e della causalità, esemplificato dal reato d'evento a forma libera, mentre il diritto penale del comportamento coincide con le fattispecie incriminatrici incentrate sul superamento di un valore-soglia<sup>365</sup>.

La dialettica valoriale “libertà”/”sicurezza” percorre trasversalmente le direttrici di analisi dedicate all'una e all'altra variante di diritto penale (“classico” e “del comportamento”): in entrambi i casi il richiamo al concetto di rischio – in prospettiva, rispettivamente, ermeneutica per il primo modello e incriminatrice per il secondo – è sollecitato da un'istanza di sicurezza delle vittime del progresso economico e tecnologico scientifico, ma, al tempo stesso, determina una contrazione dei diritti di libertà riconosciuti in capo al singolo<sup>366</sup>. Il fulcro della direttrice d'analisi relativa alle

---

<sup>362</sup> Sul punto, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Giuffrè, 2004, p. 560 ss.

<sup>363</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, pp. 225 e 293, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 311.

<sup>364</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 22.

<sup>365</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 22, 523 ss., come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 313.

<sup>366</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 313.

distorsioni indotte dall'impiego del concetto di rischio sul piano ermeneutico è costituito dalla ricostruzione praticata in sede giurisprudenziale dell'istituto del rapporto di causalità<sup>367</sup> e il filo conduttore della riflessione è la visione integrata dei rapporti tra diritto penale sostanziale e processo penale, che già si era posta all'attenzione – con riguardo all'accertamento del nesso causale – grazie all'esame critico della prassi del settore della responsabilità del produttore<sup>368</sup>.

Tale interazione è presa in considerazione da un duplice punto di vista, sia statico, nel senso che ad un determinato modello di diritto penale sostanziale corrisponde (o meglio, deve corrispondere) un determinato modello di processo penale<sup>369</sup>; sia dinamico, nel senso che eventuali variazioni di contenuto maturate in seno all'una disciplina si riverberano sull'altra e viceversa<sup>370</sup>. Proprio dagli orientamenti prasseologici sul nesso di causalità il regime di influenze reciproche tra diritto e processo penale traspare in modo esemplare, emergendo una contrapposizione tra due modelli di spiegazione causale penalmente rilevante, che costituiscono i corollari di altrettante concezioni della causalità del diritto penale e riservano al concetto di rischio ruoli radicalmente diversi<sup>371</sup>. Il rischio non trova collocazione, infatti, all'interno del modello di spiegazione causale basato sul paradigma condizionalistico integrato da leggi scientifiche universali o quasi-universali (leggi, cioè, di natura statistica, ma con un coefficiente di verifica prossima alla totalità dei casi), che è il modello da preferire nell'ottica di un corretto bilanciamento tra "sicurezza" e "libertà"<sup>372</sup>. Tale

---

<sup>367</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 224 ss., come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 313.

<sup>368</sup> Sul punto, S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, p. 63 ss.

<sup>369</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 222.

<sup>370</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 227.

<sup>371</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 225, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 314.

<sup>372</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 263, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 315; ID., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento tra azione ed evento*, Giuffrè, 1975, p. 94 ss., 153 ss., 231 ss.; ID., *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1988, p. 1217 ss.; ID., *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2002, p. 767 ss.; ID., *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi. A confronto il pensiero di Wright e di Mackie*, in ID., *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 1 ss.; ID., *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 44 ss.; ID., *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura

modello corrisponde ad una concezione della causalità del diritto penale intesa come causalità individuale e, sulla premessa che il diritto penale è competente a procedere all'elaborazione di un proprio concetto di "causa" e di "causalità"<sup>373</sup>, l'idea della causalità individuale postula che la spiegazione causale assuma i seguenti referenti: da un lato, l'antecedente rappresentato dalla condotta concreta tenuta da un agente individuato; dall'altro lato, il susseguente costituito dall'evento concreto ridefinito<sup>374</sup>. Quest'ultimo, pur integrando una forma di astrazione dall'evento concreto su base tipologica, è specifico, dal momento che incarna l'offesa portata al bene giuridico che è risultato leso nei fatti: in simile cornice, la condotta è opera di un soggetto determinato e, specularmente, l'evento si rivolge in danno di un soggetto determinato (cioè del titolare del bene offeso in concreto)<sup>375</sup>.

All'interno della concezione della causalità individuale, che si iscrive nel novero dei modelli di spiegazione eziologica orientati sulla necessità e non sulla probabilità<sup>376</sup>, l'impiego del concetto di rischio produce effetti disfunzionali in due sensi: per un verso, non consente di chiarire gli estremi del nesso di condizionamento ("condotta" ed "evento"), perché, recependo l'apparato concettuale proprio di alcune branche del pensiero scientifico, consente all'interprete di ritenere spiegato il rapporto di derivazione tra antecedente e susseguente pur rinunciando alla compiuta identificazione sia della condotta (intesa come condotta di un soggetto determinato), che dell'evento (inteso come evento in danno di un soggetto determinato)<sup>377</sup>. Per altro verso, costringe a rinunciare all'accertamento della necessità del rapporto causale tra condotta ed evento, dal momento che l'enunciato esplicativo supportato dall'impiego del concetto di rischio si caratterizza in senso stocastico<sup>378</sup>. L'introduzione del concetto di rischio nell'apparato esplicativo del nesso causale fornirebbe, invece, un'informazione incompiuta sul caso concreto, poiché farebbe coesistere più

---

di), *Studi in onore di GIORGIO MARINUCCI*, p. 1893 ss.; ID., *Il contesto nella spiegazione causale: il processo penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, CEDAM, 2006, p. 1 ss.

<sup>373</sup> Sul punto, E. AGAZZI, *La causalità e il ruolo delle frequenze statistiche nella spiegazione causale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *Scienza e causalità*, p. 39 ss.

<sup>374</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 315.

<sup>375</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 316.

<sup>376</sup> Sul punto, C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. med. Leg.*, 1992, p. 822, 836.

<sup>377</sup> È quanto si verifica, ad esempio, allorché l'interprete assegna ad elementi tratti dalla scienza epidemiologica valenza fondante della spiegazione causale. Sul punto, L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Giuffrè Editore, Milano, 2007.

<sup>378</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 316.

spiegazioni alternative del medesimo: tante spiegazioni quanti sono i fattori ai quali può essere associato un certo rischio di produzione dell'evento<sup>379</sup>. Viceversa, la centralità del concetto di rischio nel modello opposto di spiegazione causale appare evidente: in una rilettura meno pregnante del nesso di causalità penalmente rilevante, esso non richiede, infatti, che la condotta sia condizione necessaria dell'evento, ma soltanto che ne abbia aumentato il rischio di verifica, o che appaia *ex ante* comunque idonea a produrlo<sup>380</sup>. Affinché la condotta possa essere considerata l'antecedente causale dell'evento, è, dunque, sufficiente accertare che ad essa è immanente un potenziale di offesa<sup>381</sup>.

Il modello di spiegazione causale si basa sulla concezione della causalità come causalità generale<sup>382</sup>, che differisce dalla causalità individuale sotto due profili. In primo luogo, sono diversi gli estremi del nesso di condizionamento presi in considerazione dalle due impostazioni: mentre la causalità individuale concepisce il rapporto eziologico come un nesso di derivazione che intercorre tra una condotta ed un evento singoli, per la causalità generale esso si colloca ad un livello – logicamente – superiore, coinvolgendo una classe di antecedenti ed una classe di susseguenti<sup>383</sup>. In secondo luogo, la causalità generale mira a quantificare, secondo una relazione di corrispondenza, la variazione nella classe dei susseguenti indotta da una variazione nella classe degli antecedenti a paragone dell'assetto assunto in condizioni “normali” (c.d. eccesso di rischio)<sup>384</sup>; mentre tale circostanza non riveste importanza decisiva per la causalità individuale, focalizzata sulla relazione di implicazione tra condotta ed evento singoli<sup>385</sup>. La causalità generale non fornisce elementi conclusivi in ordine al rapporto di derivazione tra condotta ed evento concreti e per questo non può essere logicamente invocata nel processo penale, non fornendo un censimento di casi “provatamente causati” dall'antecedente comportamentale preso di volta in volta in considerazione e, dunque, offrendo all'interprete un apporto cognitivo relativo ad un

---

<sup>379</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 317.

<sup>380</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 225, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 317.

<sup>381</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 317.

<sup>382</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 235.

<sup>383</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 318.

<sup>384</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 292.

<sup>385</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 318.

oggetto diverso rispetto a quello proprio del giudizio di imputazione<sup>386</sup>. Il modello di spiegazione causale incentrato sul rischio non consente di bilanciare correttamente “sicurezza” e “libertà”, ma sacrifica la seconda per la prima al prezzo rappresentato dalla violazione dei principi costituzionali del sistema penale (legalità, tassatività, personalità, non colpevolezza)<sup>387</sup>.

In prospettiva incriminatrice, il rischio è, perciò, *ratio essendi* di una specifica tipologia di norma penale che il legislatore adotta di fronte alle istanze di tutela sollevate dalla modernità, mentre non rappresenta un elemento costitutivo della fattispecie<sup>388</sup>. La fattispecie di superamento del valore-soglia cautelativo descritta è del tutto sconnessa, pertanto, dalla logica dell’offensività e, per tale profilo, essa non si distingue soltanto dal reato di evento (di danno o di pericolo concreto), ma anche dal reato di pericolo astratto<sup>389</sup>. I reati di pericolo astratto, infatti, per legittimarsi sotto il profilo della sufficiente, se non necessaria, offensività devono essere comunque collegati ad una dimensione di pericolosità reale, ossia scientificamente provata, per un bene giuridico: in tali fattispecie, il pericolo resta sullo sfondo in due sensi, da una parte incarnando la *ratio* politico-criminale dell’incriminazione, dall’altra parte qualificando la condotta in quanto appartenente ad una classe di comportamenti, ai quali le conoscenze scientifiche riconducono l’insorgenza di effetti negativi per il bene tutelato<sup>390</sup>.

Nella norma penale di comportamento, invece, tale cifra di offensività fa difetto: l’intervento penale non arretra, ma piuttosto ignora la dimensione dell’offensività<sup>391</sup>. A margine di tale prospettazione, si può osservare che il valore-soglia è, in effetti, uno strumento tecnico di cui il legislatore dispone nell’atto di formulare la fattispecie incriminatrice e l’indagine dovrà allora verificare se il modello riportato rappresenti

---

<sup>386</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 292, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 318.

<sup>387</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 281, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 320.

<sup>388</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 515, come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 320.

<sup>389</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 516 ss., come riportato in C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 322.

<sup>390</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 524.

<sup>391</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 323.

l'unica tipologia di impiego del valore-soglia nella struttura del reato, oppure se la ricognizione normativa permetta di evidenziare la presenza di varianti in proposito<sup>392</sup>. In simile prospettiva, appare decisivo non soltanto chiarire il ruolo attribuito al valore-soglia rilevante per il diritto penale e quello rilevante per la scienza, dal momento che solo per questa via è possibile verificare se l'approccio cautelativo segnalato sia o meno una costante di una certa normativa penale<sup>393</sup>. Nella dialettica valoriale menzionata in apertura, tali norme determinano un sacrificio quasi esclusivo del polo della "libertà" a vantaggio del polo della "sicurezza" in applicazione di una interpretazione del tutto discrezionale del principio di prudenza, ma, se lo scopo perseguito dal legislatore penale fosse l'effettivo contrasto dei pericoli connessi all'attuale scenario sociale, si tratterebbe poi di uno strumento irrazionale in quanto predestinato all'ineffettività, posto che esso non inciderebbe sull'assetto oggettivo della *Risikogesellschaft* e, dunque, sul contesto genetico dei diversi potenziali di offesa<sup>394</sup>. Nel complesso, cioè sia in una prospettiva ermeneutica, che incriminatrice, gli esiti cui conduce la relazione tra rischio (in modo particolare, ma non esclusivo, tecnologico) e diritto penale delineano, dunque, un quadro di sostanziale impotenza di fronte ai problemi di tutela della modernità, che non esclude, ma anzi suggerisce, che siano altri gli strumenti giuridici da impiegare.

---

<sup>392</sup> Sul punto, C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, p. 324.

<sup>393</sup> *Ibidem*.

<sup>394</sup> Sul punto, F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, p. 541 ss., 577; C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, Editoriale Scientifica, 2011, p. 504 ss.

### Capitolo terzo – Rischio d’impresa e rischio penale. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi

---

**Indice:** § 3. Impresa e rischio: il fallimento/liquidazione giudiziale come risultato di un rischio eccessivo - § 3.1. I profili oggettivi di responsabilità penale nel contesto del diritto penale fallimentare - § 3.2. I profili soggettivi di responsabilità penale nel contesto del diritto penale fallimentare - § 3.3. La *business judgment rule* - § 3.4. La sindacabilità in sede penale della scelta imprenditoriale - § 3.5. Le coordinate giuridiche del controllo giudiziale sulle scelte imprenditoriali - § 3.6. La qualifica e l’interesse dell’*extraneus* - § 3.7. La prevalenza dell’interesse dell’impresa e di quello creditorio nel processo decisionale imprenditoriale - § 3.8. Il ruolo delle condizioni economiche dell’impresa nel contesto del rischio penale

---

Il rischio si connota per essere un concetto pervasivo e si declina in molteplici prospettive. Tra queste, vi è la peculiare ottica relativa al rischio di impresa, che costituisce il fulcro attorno al quale ruota l’apparato imprenditoriale. In tale contesto, poi, si colloca anche il particolare elemento consistente nel rischio-reato, che attualmente consta di elementi in special modo preventivi.

La gestione del rischio rappresenta, infatti, il pilastro di una efficiente *corporate governance* nel quadro ordinamentale internazionale<sup>395</sup>. Il progressivo affinamento delle scienze giuridiche e delle scienze aziendalistiche, le migliori pratiche via via affinate nel contesto transnazionale, il contributo dei codici di autodisciplina, l’intervento legislativo hanno costituito i segnali di principale progresso. L’emersione dei principi di corretta amministrazione (su cui si vedano anche gli art. 2403 c.c. e art. 149 t.u.f.) in via autonoma rispetto al principio di stretta legalità, da un lato, e alle scelte di merito – contestualizzate dalla *business judgement rule* –, dall’altro lato, risulta perciò centrale per un adeguato presidio dei rischi in questo senso. Teoria e pratica si sviluppano da una visione del controllo come “funzione sanzionatoria”, inteso come “costo”, verso una concezione del controllo come elemento fisiologico della gestione dell’impresa, dunque come “opportunità”, e le tecniche si perfezionano da una conformazione prevalentemente ispettiva verso una adeguata gestione dei flussi informativi in senso procedimentale (in particolare nei gruppi di impresa)<sup>396</sup>. Il sistema dei controlli interni costituisce il risultato principale di questo processo evolutivo,

---

<sup>395</sup> Sul punto, AA.VV., *Impresa e rischio. Profili giuridici del risk management*, a cura di S. CERRATO, 2019, p. XVII.

<sup>396</sup> Sul punto, AA.VV., *Impresa e rischio. Profili giuridici del risk management*, a cura di S. CERRATO, 2019, p. XVIII.

potendosi dire che esso rappresenta uno dei pilastri fondamentali della struttura della *corporate governance* negli ordinamenti dei paesi industriali avanzati<sup>397</sup>.

In Italia la materia è stata oggetto di plurimi interventi: dalla separazione tra controllo di legalità e controllo contabile nelle società quotate, con la l. 216/1974, all'introduzione della vigilanza sui principi di corretta amministrazione e sull'adeguatezza degli assetti organizzativi in capo al collegio sindacale di società quotate, con il Testo Unico della Finanza nel 1998, alla disciplina della c.d. responsabilità penale della persona giuridica – il D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231 – all'estensione al collegio sindacale nelle non quotate di poteri analoghi a quelli dell'organo di controllo di società quotate con la riforma societaria del 2003, alla disciplina antiriciclaggio (D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231) sino all'intervento sul comitato per il controllo interno e la revisione contabile, di cui all'art. 19, D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39 e alle modifiche in materia di organismo di vigilanza 231 (art. 14, comma 12, l. 12 novembre 2011, n. 183). Il quadro si compone, poi, per le società quotate, di ulteriori tasselli normativi e regolamentari: si pensi alle competenze del collegio sindacale sulle modalità di concreta attuazione delle regole di governo societario previste da codici di comportamento redatti da società di gestione di mercati regolamentati o da associazioni di categoria, cui la società, mediante informativa al pubblico, dichiara di attenersi (art. 149, comma 1, lett. c-*bis*), t.u.f.); si pensi alle competenze del dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili in materia di "adeguate procedure amministrative e contabili" per la formazione del bilancio (art. 154-*bis*, comma 3, t.u.f.), introdotte dalla legge sulla tutela del risparmio (l. 28 dicembre 2005, n. 262), al Comitato per il controllo interno previsto dal Codice di Autodisciplina di Borsa Italiana, nella versione aggiornata del 2020, alle disposizioni regolamentari nei settori vigilati, cioè nel settore bancario e nel settore assicurativo. Ed è paradigmatico con quale attenzione operatori e studiosi stiano formulando, quantomeno da un decennio riflessioni, valutazione e proposte. La riforma del diritto societario, combinata con il Modello 231, rappresenta un punto di riferimento in materia. L'art. 2381 c.c. impone agli organi delegati di dotare la società di un "assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa", su cui vigila l'organo di controllo e che deve essere valutato dall'intero consiglio di amministrazione. Il D.Lgs. n. 231/2001 – progressivamente arricchito nei

---

<sup>397</sup> *Ibidem*.

reati-presupposto – prevede un onere, da intendersi come un obbligo, di adottare ed attuare efficacemente “modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati”, specificamente individuati dal legislatore. Discipline meritevoli di affinamento, ma coordinate e funzionali per una migliore *corporate governance*. La materia degli assetti organizzativi si è ulteriormente affinata con il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza (D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) che ha modificato l’art. 2086 c.c. È stato, infatti, introdotto un secondo comma che recita testualmente: “L’imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l’adozione e l’attuazione di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale” (art. 375, comma 2, D.Lgs. n. 14/2019). La prevenzione della crisi e, quindi, la rilevazione e gestione del rischio assumono una rilevanza sistematica centrale<sup>398</sup>.

### **§ 3. Impresa e rischio: il fallimento/liquidazione giudiziale come risultato di un rischio eccessivo**

Su quest’ultimo fronte, è stato affermato che l’inibizione delle condotte di bancarotta, in tutte le sue declinazioni, si esplica “in un sindacato sistematico della conduzione economico-finanziaria, che avrebbe effetti esiziali su di un’impresa funzionante”<sup>399</sup>: sopraggiunto il fallimento, “l’imprenditore può essere chiamato al *redde rationem*”<sup>400</sup>. Così Pedrazzi illustra la relazione tra i procedimenti penali per bancarotta pre-fallimentare e il controllo giudiziale sulle decisioni imprenditoriali<sup>401</sup>.

---

<sup>398</sup> Sul punto P. MONTALENTI, *Gestione dell’impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla “Proposta Rordorf” al Codice della Crisi*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di MICHELE SANDULLI*, Torino, e ID., *Il Codice della Crisi d’impresa e dell’insolvenza: i principali aspetti della riforma*, in *Nuovo Diritto delle Società*, 2019.

<sup>399</sup> Sul punto, C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell’economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 442.

<sup>400</sup> Sul punto, C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell’economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 443.

<sup>401</sup> La cesura tra la piena libertà gestionale fino alla dichiarazione di fallimento e il successivo controllo penale sulle decisioni imprenditoriali viene sottolineato anche da A. FIORELLA, M. MASUCCI, *Gestione dell’impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, p. 3; ancora, A. NISCO, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta: ruolo dell’insolvenza e adeguatezza economica delle operazioni*

La dichiarazione di fallimento (nonché i provvedimenti equivalenti<sup>402</sup>) rappresentano, oltre alla loro funzione nella struttura dell'incriminazione<sup>403</sup>, elementi di significativa importanza per gli organi giudiziari con riferimento alle operazioni precedenti allo stato di insolvenza o agli stati ad essa equiparati (come la crisi *ex art.* 160 l. fall., ora art. 2 CCII); fino ad allora, l'imprenditore si trova, invece, in una condizione di "immunità commerciale"<sup>404</sup> poiché, prima di quel momento, ogni sindacato giudiziale avrebbe "effetti esiziali".

---

*antecedenti*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2015, p. 852, per cui "la valutazione *ex ante* dell'adeguatezza economica delle scelte imprenditoriali diviene tema cruciale del diritto penale fallimentare".

<sup>402</sup> In questo senso ci si riferisce ai procedimenti equiparati al fallimento ai fini della legge penale e in particolare: (i) al concordato preventivo *ex art.* 236 l. fall. (ora art. 341 CCII); (ii) alla liquidazione coatta amministrativa *ex art.* 237 l. fall. (ora art. 343 CCII); (iii) all'amministrazione straordinaria *ex artt.* 95 e 96, d.lgs. n. 270/1999 (c.d. Prodi-*bis*); (iv) all'amministrazione straordinaria speciale *ex art.* 8, d.l. 347/2003 e s.m.i.; (v) all'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari o di accordo di moratoria *ex art.* 182-*bis* l. fall. (ora art. 57 CCII).

<sup>403</sup> La qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento è ancora discussa sia in dottrina che in giurisprudenza. In relazione alla bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare, la dottrina è divisa, riconoscendo alla declaratoria la funzione di: (a) condizione obiettiva di punibilità (per cui A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016, pp. 13 ss.; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, p. 52; S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Milano, 2019, pp. 149 ss.; L. CONTI, *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1991, pp. 95 ss.; C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, pp. 439 ss.; N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, pp. 20 ss.; volendo, L. TROYER, A. INGRASSIA, *La bancarotta distrattiva prefallimentare come reato di pericolo concreto: la Suprema Corte verso un'attesa sintesi*, in *Riv. dott. comm.*, 2017, pp. 595 ss.); (b) condizione di procedibilità (A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008. Monografie di parte speciale*, Milano, 2009, pp. 42 ss.; in senso adesivo P. MANGANO, *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998, pp. 15 ss.); (c) presupposto processuale (U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, IV ed., Milano, 1999, *passim*; ID., *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Padova, 1966, pp. 99 ss.); (d) evento implicito di fattispecie (G. COCCO, *Commento sub art. 216*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 1181; D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale: l'essere e il 'non essere' della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2015, p. 479; G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, 2015, p. 329); (e) elemento di esistenza del reato (M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, p. 93).

In giurisprudenza, invece, si possono individuare tre direttrici di riflessione: (i) l'orientamento maggioritario, per cui la sentenza dichiarativa di fallimento si manifesterebbe come elemento costitutivo del reato, non imputabile oggettivamente e soggettivamente; (ii) una pronuncia isolata, che ha considerato la bancarotta fraudolenta patrimoniale quale reato d'evento (Cass. pen., Sez. V, n. 47502/2012); (iii) un orientamento minoritario secondo cui la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce una condizione obiettiva di punibilità. Per una ricostruzione della giurisprudenza sul punto si vedano N. PISANI, *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta prefallimentare: un'apparente revirement della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, pp. 1162 ss.; M. ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa)*, alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2014, pp. 128 ss.

<sup>404</sup> In tali termini U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, IV ed., Milano, 1999, pp. 47 ss. G. COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 216-237*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO,

Storicamente<sup>405</sup>, un fondamentale passaggio di garanzia è costituito dalla possibilità di valutare l'operato dell'agente economico giacché l'identità tra fallimento e bancarotta fu superabile soltanto attraverso il controllo dell'attività e della gestione imprenditoriale. In dottrina<sup>406</sup>, infatti, è diffusa l'idea che la materia penale-fallimentare nasca nell'epoca dei Comuni, momento di centralità assoluta per la tutela del credito, al fine di garantire il carattere di prosperità dell'attività commerciale. Il substrato teorico, che caratterizzava originariamente tale disciplina, era infatti la c.d. presunzione assoluta di frode, per cui "*falliti dicuntur fraudatores*" e "*non excusantur ob adversam fortunam, est decoctor ergo fraudator*"<sup>407</sup>.

Dalla seconda metà del XV secolo nella legislazione statutaria<sup>408</sup> emersero ragioni per superare tale rigore sanzionatorio<sup>409</sup>: la cesura dell'identità tra fallimento e reato trovò particolare rilievo con Stracca<sup>410</sup>, che categorizzò i commercianti a seconda che "*suo vitio conturbat fortunas et rationes*", oppure "*fortunae vitio decoquunt*", o, infine, "*suo partim fortunae vitio processerunt*"<sup>411</sup>. La prima tipizzazione di comportamenti che importavano una presunzione *iuris tantum* di frode se tenuti dal fallito<sup>412</sup> è, dunque, dovuta all'opera del giurista del Cinquecento<sup>413</sup>. In particolare, la prospettiva storica consente di far emergere che in tanto l'equivalenza *decoctor ergo fraudator* è superabile, in quanto si cambi la prospettiva dal fatto della *decoctio* alla condotta del *decoctor*<sup>414</sup> e si analizzi il contegno dell'imprenditore. Se, dunque, la responsabilità penale collegata al fallimento non può non passare da una valutazione dell'attività

---

*Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 1142, si riferisce ad "una sorta di salva condotto".

<sup>405</sup> Riguardo all'evoluzione storica dei fatti di bancarotta si veda A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, pp. 1 ss. Per una ricostruzione delle procedure concorsuali, F. DI MARZIO, *Fallimento. Storia di un'idea*, Milano, 2018.

<sup>406</sup> Si vedano, tra gli studi classici, S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia concorsuale*, II ed., Milano, 1930, p. 14; U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, pp. 122 ss.; I. SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969, p. 3.

<sup>407</sup> Sul punto, B. DEGLI UBALDI, *Consilia*, Venezia, 1575, V, n. 382, 1.

<sup>408</sup> Per una partita analisi degli Statuti, si veda U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964, pp. 147 ss.

<sup>409</sup> Puntuale rispetto a tale conclusione, L. CONTI, *Fallimento (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 12.

<sup>410</sup> Sul punto, B. STRACCA, *Decisiones et tractatus varii de mercatura*, 1552, III, nn. 2, pp. 24-33.

<sup>411</sup> Ricorda tale partizione I. SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969, p. 5.

<sup>412</sup> Si veda da ultimo A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, p. 5 ss.

<sup>413</sup> Per tale conclusione, L. CONTI, *Fallimento (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991, p. 12; S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia concorsuale*, II ed., Milano, 1930, p. 17; I. SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969, p. 5.

<sup>414</sup> Sul punto, I. SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969, p. 4.

dell'imprenditore (o degli amministratori), anche al fine di evitare ipotesi di responsabilità oggettiva, i limiti di un tale sindacato non appaiono ben definiti nel diritto vigente (e nemmeno in quello vivente). L'interrogativo che emerge, dunque, è se sia possibile, ed in particolare secondo quali criteri, per il giudice penale operare un vaglio del merito delle decisioni compiute dall'imprenditore, dall'amministratore e dai soggetti a costoro equiparati dalla legislazione fallimentare.

### **§ 3.1. I profili oggettivi di responsabilità penale nel contesto del diritto penale fallimentare**

Primariamente, uno dei principali passaggi dell'indagine deve essere compiuto avendo riguardo alle diverse fattispecie contenute nella legislazione fallimentare, che offrono indicazioni sull'ambito di giudizio, in sede penale, sullo *status* imprenditoriale. Il coefficiente di selezione è costituito dal legame tra il rischio d'impresa e i reati contenuti nella legislazione fallimentare, in quanto il controllo giudiziale sembrerebbe operare da filtro del tipo e della misura del rischio assunto nella gestione dell'attività economica<sup>415</sup>. In altri termini, qualora non si intenda arrivare ad un giudizio *ex post* sul mero esito economico della decisione imprenditoriale, il merito di quest'ultima può essere valutato *ex ante* solo sul rischio di insuccesso che la caratterizzava al momento della sua intrapresa. In quest'ottica, la distinzione, elaborata da Pedrazzi<sup>416</sup>, risiede tra rischi assunti nell'attività d'impresa e al di fuori di tale attività, i primi tipici nei contorni definiti dalle ipotesi di bancarotta semplice e i secondi oggetto di incriminazione nella declinazione fraudolenta (patrimoniale e societaria) dei reati fallimentari. In questo senso, dovrebbero, dunque, essere ridotti nell'area delle condotte tipiche di bancarotta fraudolenta esclusivamente fatti, atti o

---

<sup>415</sup> Sul punto, D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2000, p. 609, nonché A. FIORELLA, M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, pp. 3 ss.

<sup>416</sup> Sul punto, C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 515. Similmente anche N. SELVAGGI, *Estraneità all'oggetto sociale e offesa nella bancarotta per distrazione*, in N. PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, p. 101, per cui sussiste una "fondamentale distinzione intercorre[nte], secondo la logica della legge, tra atto apparentemente economico con contenuti ed effetti sostanzialmente predatori (...) e operazione sostenuta da ragione e coerenza economica, in quanto prevedibilmente orientata a recare vantaggio al patrimonio sociale". Sostanzialmente concorde anche A. FIORELLA, M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, p. 43, per cui "il giudice non può *ex post* sostituirsi all'imprenditore nelle scelte operative", così che è punibile solo la decisione "univocamente ricadente ai danni dei creditori".

operazioni non riconducibili ad un interesse imprenditoriale – emblematica la distrazione, che linguisticamente si riferisce alla sottrazione di beni alla propria funzione<sup>417</sup> – o commessi contro l’interesse dell’ente e dei creditori – il riferimento è alle operazioni dolose<sup>418</sup> – o alla causazione del dissesto realizzata attraverso un fatto di infedeltà patrimoniale. Non sembrerebbe porsi un problema di valutazione del merito della scelta imprenditoriale, perciò, con riferimento alle diverse declinazioni della bancarotta fraudolenta in quanto l’assenza di interesse e di giustificazione economica esclude la stessa esistenza di un merito imprenditoriale da valutare. Soltanto eccezionalmente, infatti, è possibile dare una giustificazione economica ad una decisione imprenditoriale: così anche per il relativo controllo in punto di prova della fattispecie reale, e non già sul piano della fattispecie astratta<sup>419</sup>.

Esemplificativamente, a tal riguardo è possibile richiamare alla mente l’alienazione sottomercato di un bene, potenzialmente rilevante come atto distrattivo, se al di là di una cessione (di per sé attività lecita) si cela un’operazione economicamente impari (che rientra nel rischio illecito, in quanto sottrattiva di risorse per l’ente e i creditori di quest’ultimo). Qualora, tuttavia, l’operatore economico sia in grado di offrire una giustificazione economica della vendita a prezzo ridotto (per necessità di magazzino, o di liquidità, *et cetera*), l’alienazione si troverà al di fuori delle ipotesi di bancarotta fraudolenta, rientrando così nell’area delle operazioni d’impresa lecite. In tali eventualità, il controllo giudiziale della giustificazione economica dell’operazione non si concentra sull’attività imprenditoriale (e cioè sul se alienare il bene ai fini di liquidarlo sia la miglior decisione imprenditoriale possibile in quel dato contesto), quanto invece sulla attendibilità di una ricostruzione alternativa all’operazione sottomercato nella specifica vicenda (ossia sul se sia attendibile che quell’imprenditore

---

<sup>417</sup> Il rilievo etimologico è formulato da R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, p. 76 e A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001, p. 169.

<sup>418</sup> Paradigmatico è il concetto stesso di operazioni dolose, formulato da P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, p. 379, ovvero “qualsiasi atto o complesso di atti, implicanti una disposizione patrimoniale, compiuto dalle persone preposte all’amministrazione della società, con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla loro qualità, con l’intenzione di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, a danno della società o dei creditori, o anche con la sola intenzione di arrecare un danno alla società o ai creditori”.

<sup>419</sup> Si ricorre alla tripartizione di A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997, pp. 39 ss., tra: (i) fattispecie astratta, ovvero la descrizione normativa dell’illecito; (ii) fattispecie reale, intesa come il fatto storico oggetto del giudizio; (iii) fattispecie concreta, che individua “o la fattispecie astratta pensata nel suo divenire storico o quella concreta, ridotta mediante astrazione”; si tratta di una rielaborazione degli studi di G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, pp. 115 ss. e A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del “fatto” nell’esperienza giuridica*, Tolentino, 1929, pp. 28 ss.

abbia alienato proprio quel cespite al prezzo sottomercato, pur di reperire risorse finanziarie)<sup>420</sup>.

Sembra, invece, che la questione del controllo giudiziale si ponga con riguardo alle operazioni puramente imprenditoriali, che siano state eseguite per un interesse dell'ente o anche contro l'interesse dello stesso<sup>421</sup>. Il giudizio sulle determinazioni produttive, sulla strategia di mercato e sulla strutturazione finanziaria dovrebbe passare dagli enunciati degli artt. 217 e 224 l. fall. (ora, rispettivamente, artt. 323 e 330 CCII)<sup>422</sup>: il metro di giudizio, dunque, è il rischio tipizzato come illecito<sup>423</sup>, rispettivamente analizzato nella bancarotta semplice patrimoniale nella prospettiva delle condotte dell'imprenditore o degli amministratori (e dei soggetti loro equiparati). È, dunque, esaminando il profilo soggettivo degli illeciti che è possibile aggiungere un altro passaggio dell'analisi, focalizzandosi sugli assuntori delle decisioni imprenditoriali.

### **§ 3.2. I profili soggettivi di responsabilità penale nel contesto del diritto penale fallimentare**

Agli artt. 217 e 224 l. fall. (ora, rispettivamente, artt. 323 e 330 CCII) corrispondono diversi profili di responsabilità in capo all'imprenditore (o ai soggetti equiparati, ovvero il suo institore *ex art. 227 l. fall.*, ora art. 333 CCII, e i soci di società in nome collettivo o in accomandita semplice *ex art. 222 l. fall.*, ora art. 328 CCII) e

---

<sup>420</sup> Con ciò non si vuole affatto sottovalutare il legame tra diritto sostanziale e processo, ben evidenziato per tutti da S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007, quanto piuttosto sottolineare la differenza dell'oggetto e della tipologia di sindacato giudiziale.

<sup>421</sup> Pur trattandosi di una nozione discussa in dottrina quella di scelta imprenditoriale (da intendersi come "decisione imprenditoriale"), può essere qui assunta nel suo contenuto minimo, tipizzato in negativo, e in questa misura condiviso tra gli studiosi, per cui "essa non può sussistere quando gli amministratori debbano adottare una decisione giuridicamente imposta (*rechtllich gebundene Entscheidung*), puntualmente determinata, ossia quando si prospetta un'unica possibile scelta legittima; al contrario, essa è configurabile solo se agli amministratori sia riconosciuta la facoltà di scegliere discrezionalmente tra almeno due opzioni di fatto possibili e non illecite" (alla lettera, L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 431).

<sup>422</sup> Sostanzialmente in questi termini C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 588. In termini sovrapponibili, A. FIORELLA, M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, p. 64 per cui "ogni condotta eccessivamente rischiosa, ma non distrattiva, perché non univocamente in danno dei creditori, potrà semmai configurare, sussistendone i requisiti, una bancarotta semplice".

<sup>423</sup> Sul ruolo del rischio nelle fattispecie incriminatrici si veda per un puntuale quadro e per i fondamentali richiami C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010.

all'amministratore (compreso il direttore generale). Il principale elemento distintivo è che, con riguardo all'imprenditore, si assiste sostanzialmente ad una coincidenza tra patrimonio personale e quello dell'impresa, mentre, con riguardo all'amministratore si è di fronte ad una completa diversità tra patrimonio dell'ente e dell'amministratore. Tale rilievo fa emergere una prima significativa conseguenza: con riguardo all'imprenditore il vaglio giudiziale non tocca solo le scelte di gestione, ma svolge un ruolo anche per le spese personali o familiari, quando esse risultino eccessive rispetto alla sua condizione economica (art. 217, n. 1, l. fall., ora art. 323, lett. a), CCII)<sup>424</sup>. Un simile controllo non è possibile con riguardo all'amministratore, che, qualora utilizzi fondi dell'ente per spese personali o familiari, commetterà il più grave reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione<sup>425</sup>.

Un fondamento comune di rischi per l'imprenditore e l'amministratore era disegnato dai nn. 2, 3 e 4 dell'art. 217 l. fall. (richiamato all'art. 224, n. 1, l. fall., ora art. 330, lett. a), CCII), sostanzialmente riproposti dalle lett. b), c) e d), art. 323 CCII). Le classi di condotte ivi richiamate, infatti, fanno emergere una relazione di corrispondenza tra i differenti stadi di vita dell'ente e i rischi leciti di impresa<sup>426</sup>. In particolare, il fatto di "aver consumato una notevole parte del patrimonio [proprio o dell'ente] in operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti"<sup>427</sup> costituisce una

---

<sup>424</sup> Sulla fattispecie incriminatrice in parola, senza pretesa di completezza, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, pp. 96-97; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, pp. 332-333; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, p. 259; G. COCCO, *Commento sub art. 217*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, pp. 1210-1211; L. CONTI, *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1991, pp. 231-236; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, Vol. II, Milano, 1988, pp. 91-92; P. MANGANO, *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998, pp. 110-112; E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018, pp. 184-186; C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, pp. 604-609; U. PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, pp. 2361-2362; N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, pp. 90-91; AL. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2014, pp. 167-169.

<sup>425</sup> Tale conclusione è assolutamente incontrovertibile: basti il richiamo a G. COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 223-235. Gli autori della bancarotta impropria*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, pp. 1243 e 1276; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1982, p. 220.

<sup>426</sup> In senso analogo, S. CANESTRARI, *'Rischio d'impresa' e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2000, p. 554.

<sup>427</sup> Sulla fattispecie in parola, tra gli altri, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, pp. 97-99; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, pp. 333-334; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, p. 260; L. CONTI, *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1991, pp. 236-240; G. COCCO, *Commento sub art. 217*, in

classe di condotte che potrebbero anche essere state serbate in una fase in cui la società era ancora in salute. Questa caratteristica rende tale incriminazione una delle estremità giuridiche del sindacato giudiziale: “penalmente censurabile è solo un rischio ben qualificato, che si traduca in operazioni decisamente indifendibili”<sup>428</sup>, caratterizzate “da radicale assenza di fondamento economico”<sup>429</sup>, per la mancanza *ex ante* di una “fondata prevedibilità di un esito positivo dell’operazione”<sup>430</sup>.

Il rischio di incriminazione e il relativo controllo giudiziale sono, dunque, caratterizzati da un doppio legame analitico: con riguardo all’oggetto, che si riferisce all’investimento di una notevole parte del patrimonio dell’impresa, e al relativo utilizzo, particolarmente in operazioni che sono caratterizzate da alti tassi di alea o, ancora, di grave imprudenza<sup>431</sup>. In una prospettiva di sistema, perciò, appare evidente “una ragionevole regola di condotta: all’imprenditore non sono soltanto consentiti i rischi normalmente insiti nell’attività economica (con l’ineliminabile relatività della ‘norma’)”, essendo “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)”<sup>432</sup>.

Un differente contesto qualitativo contraddistingue, invece, le condotte di cui ai nn. 3 e 4 dell’art. 217 l. fall. (ora lett. c) e d) dell’art. 323 CCII): l’imprenditore o

---

F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, pp. 1211-1214; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, Vol. II, Milano, 1988, pp. 92-93; P. MANGANO, *L’impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998, pp. 112-116; E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018, pp. 187-191; U. PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell’economia*, Torino, 2019, pp. 2363-2364; C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell’economia*, Vol. IV, Milano, 2003, pp. 609-617; N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, pp. 91-93; AL. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2014, pp. 169-171.

<sup>428</sup> Alla lettera C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell’economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 609.

<sup>429</sup> *Ibidem*.

<sup>430</sup> Così, A. FIORELLA, M. MASUCCI, *Gestione dell’impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, p. 85.

<sup>431</sup> Sul punto la dottrina è sostanzialmente unanime, tra gli altri: F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, XI ed. (agg. a cura di L. CONTI), Milano, 2001, p. 106; F. ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962, p. 137; C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell’economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 609.

<sup>432</sup> In questi termini, C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell’economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 615.

l'amministratore realizzano, infatti, le attività in una condizione prossima all'insolvenza dell'impresa. Nella prima situazione<sup>433</sup>, il legislatore ha trasfuso nella norma un duplice disvalore, di condotta, in quanto le attività incriminate sono rappresentate tramite il riferimento alla grave imprudenza<sup>434</sup>, e di intenzione, giacché si fa in modo che le stesse posseggano un preciso riferimento finalistico, ovvero la posticipazione del momento del fallimento<sup>435</sup> (e proprio da tale direzione ermeneutica si trae che le operazioni sono ambientate in un contesto di insolvenza attuale o prossima<sup>436</sup>). È, dunque, evidente che le condotte oggetto di incriminazione siano sostanzialmente tutte le c.d. operazioni di salvataggio, caratterizzate come gravemente imprudenti, e qui si concentri il sindacato sul merito imprenditoriale<sup>437</sup>.

Nel n. 4 dell'art. 217 l. fall. (ora lett. d), art. 323 CCII)<sup>438</sup> il disvalore d'intenzione è surrogato da un disvalore di evento, rappresentato dal peggioramento dello stato di

---

<sup>433</sup> In argomento, senza pretesa di completezza, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, pp. 99-100; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, p. 334; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, p. 262; G. COCCO, *Commento sub art. 217*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, pp. 1214-1216; L. CONTI, *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1991, pp. 240-243; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, Vol. II, Milano, 1988, p. 93; P. MANGANO, *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998, pp. 116-118; E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018, pp. 192-194; C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, pp. 617-621; U. PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, pp. 2365-2368; N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, pp. 94-95; AL. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2014, pp. 171-172.

<sup>434</sup> Sulla capacità selettiva del tipo del concetto di "operazioni di grave imprudenza", tra gli altri, A. FIORELLA, M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014, p. 105.

<sup>435</sup> Nota, infatti, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, p. 99: "è singolare la struttura del fatto tipico che utilizza una ben precisa finalità, quasi fosse un dolo specifico, innestata però su una condotta caratterizzata da 'colpa grave'".

<sup>436</sup> Ambienta la condotta in parola in "una situazione patrimoniale già compromessa" E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, p. 334.

<sup>437</sup> Sul punto le esegesi in dottrina sono decisamente eterogenee e variano da posizioni che escludono ogni possibilità di scelta imprenditoriale, imponendo un automatismo tra insolvenza e richiesta del proprio fallimento, tanto che ogni operazione rischierebbe di essere *in re ipsa* definibile di grave imprudenza (per tutti, U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, IV ed., Milano, 1999, p. 347), ad opinioni più possibiliste, che riconoscono la facoltà all'operatore economico di adottare tentativi di salvataggio, criminalizzati solo in caso di imprudenza grave (tra gli altri, R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, p. 263).

<sup>438</sup> Per un inquadramento dell'incriminazione, tra gli altri, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, pp. 100-102; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, pp. 334-335; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, pp. 263-265; G. COCCO, *Commento sub art. 217*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, pp. 1216-1220; L. CONTI, *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1991, pp. 244-246; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, Vol.

crisi, mentre continua a essere presente il disvalore di condotta, caratterizzato dalla colpa grave<sup>439</sup>, che, assieme all'evento, distingue le condotte tipiche che vengono descritte dal legislatore da quella già presa in considerazione, ovvero il non aver proceduto a chiedere la dichiarazione di fallimento. Il controllo giudiziale si concentra così sulla "colpa grave", che connota le attività che abbiano aggravato la perdurante condizione di dissesto<sup>440</sup>, e sulla decisione di non procedere a chiedere il proprio fallimento. Dal punto di vista letterale, l'interpretazione della legge comporterebbe che il giudice possa prendere in considerazione l'ipotesi relativa alla prosecuzione dell'attività, invece che alla richiesta di fallimento per sé o per l'impresa<sup>441</sup>. Infine, con un'ipotesi normativa caratteristica della c.d. bancarotta semplice impropria<sup>442</sup>, disciplinata dal n. 2 dell'art. 224 l. fall. (ora lett. b), art. 330 CCII), è possibile avere riguardo anche alla vera e propria causazione o all'approfondimento del dissesto della società, tramite operazioni di trasgressione degli obblighi legali in capo ad amministratori o direttori generali. In tale contesto, si può parlare di un reato

---

II, Milano, 1988, pp. 93-95; P. MANGANO, *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998, pp. 118-121; E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018, pp. 195-196; U. PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, pp. 2365-2368; C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, pp. 621-625; N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, pp. 96-97; AL. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2014, pp. 173-174.

<sup>439</sup> Per un'analisi di tale forma di imputazione soggettiva di responsabilità si vedano, anche per i necessari richiami alla giurisprudenza e alla dottrina, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, *passim*; ID., *La colpa 'penale'. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, pp. 1723 ss., in particolare p. 1738.

<sup>440</sup> Per tutti, AL. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2014, p. 173.

<sup>441</sup> Sull'obbligo di autofallimento, anche per i riferimenti bibliografici, si veda G. BERTELOTTI, *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi. Allerta, autofallimento e bancarotta*, Torino, 2017.

<sup>442</sup> In ordine alla fattispecie in parola, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, pp. 132-137; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, pp. 351-352; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, pp. 281 ss.; G. COCCO, *Commento sub art. 224*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, pp. 1278-1280; L. CONTI, *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1991, pp. 288-291; M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, Vol. II, Milano, 1988, pp. 96-99; A. MANNA, *La bancarotta impropria societaria*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, pp. 2441-2442; E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018, pp. 259-262; N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, pp. 110-112; C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, pp. 799-809; AL. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2014, pp. 198-200.

d'obbligo<sup>443</sup>, sia in forma attiva che omissiva, ove i doveri di matrice extra-penale, che regolano l'incarico dell'amministratore, e la sua concreta capacità di cagionare o approfondire il dissesto sono in grado di selezionare la condotta vincolata<sup>444</sup>. In tale ipotesi, "il sindacato del giudice penale sulla gestione dell'impresa si dilata e si fa più rigoroso" e "supera, in forza della clausola generale del n. 2, la frammentarietà dell'art. 217 (ora art. 323 CCII), assurgendo a sindacato potenzialmente integrale (ma nei limiti dell'osservanza degli obblighi di legge)"<sup>445</sup>. Perciò, sembra esserci una relazione di diretta proporzionalità tra quanto sia possibile sindacare il merito imprenditoriale e quanto una tale valutazione sia consentita da una disposizione extra-penale.

Infine, oltre all'ipotesi di bancarotta semplice impropria, e all'analisi della giurisprudenza penale in materia, appare funzionale all'indagine avere riguardo alla sindacabilità in sede civile delle scelte imprenditoriali. Tale analisi si presenta come necessaria in quanto un sindacato giudiziale in sede criminale più esteso di quello proprio dell'azione di responsabilità civile porrebbe alcune criticità per ragioni di sistematicità ordinamentale, anche in considerazione dei fondamentali principi di sussidiarietà<sup>446</sup> e di frammentarietà<sup>447</sup>.

### § 3.3. La *business judgment rule*

La responsabilità degli amministratori per le decisioni imprenditoriali è contraddistinta dalla c.d. *business judgment rule* (BJR). Con tale espressione è definito il limite posto al sindacato giudiziale sulle scelte di gestione, compiute dagli amministratori nell'esercizio delle loro funzioni<sup>448</sup>. Si tratta di una regola di giudizio,

---

<sup>443</sup> Sul punto, C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, pp. 52 ss., che ivi richiama ID., *Taterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963, pp. 352 ss.

<sup>444</sup> Per tutti F. ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962, pp. 250-251.

<sup>445</sup> Alla lettera, C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 799.

<sup>446</sup> *Ex pluribus*, M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, *passim*, ID., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, pp. 39 ss.

<sup>447</sup> Sul principio di frammentarietà, per tutti, C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, pp. 159 ss.

<sup>448</sup> In dottrina tale declinazione della formula è sostanzialmente condivisa. Senza pretesa di completezza, di fronte ad una letteratura ormai sterminata, si vedano tra gli altri, C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, pp. 573 ss.; ID., *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, pp. 675 ss.; D. CESIANO, *L'applicazione della 'business judgment rule' nella giurisprudenza italiana*, in C. AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della business judgment rule*, Milano, 2014, pp. 103 ss.; G. MOLLO, *La business judgment rule tra tenuta giurisprudenziale e*

di creazione puramente giurisprudenziale, nata intorno alla metà dell'Ottocento nelle Corti statunitensi come una forma di *self restraint* dei decidenti nelle azioni di responsabilità verso gli amministratori e attualmente consolidatasi<sup>449</sup>. In sintesi, nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale statunitensi vengono distinte due diverse categorie di doveri degli amministratori: il *duty of loyalty*, cioè il dovere di buona fede e l'assenza di conflitto d'interessi, e il *duty of care*, ovvero il dovere di agire informato<sup>450</sup>. La BJR si risolve, prendendo in considerazione il *leading case* della Corte Suprema del Delaware *Aronson vs Lewis*<sup>451</sup>, in una presunzione relativa di correttezza della scelta imprenditoriale, operata dall'amministratore in buona fede, in assenza di conflitto di interessi e debitamente informato, e che esclude un possibile giudizio sul merito dell'attività eventualmente qualificata come fonte di responsabilità.

Soltanto qualora si sia in grado di dimostrare una inosservanza del *duty of loyalty* o dell'obbligo di agire debitamente informato il decidente può allora giudicare nel merito l'operato dell'amministratore<sup>452</sup>. Peraltro, l'ipotesi di una preclusione per ciò che riguarda il controllo sulle decisioni imprenditoriali nell'ambito della responsabilità degli amministratori è stata formalizzata sia in Germania<sup>453</sup>, che in Spagna<sup>454</sup>, trovando spazio in Italia, in modalità simili a quanto avvenuto nell'ordinamento statunitense, soltanto quale limite al controllo giudiziale e subendo varie oscillazioni nel corso del tempo.

---

vantaggi di una cornice normativa per l'ordinamento italiano, in *Riv. dir. imp.*, 2017, pp. 133 ss.; G.G. PERUZZO, *Business judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Ariccia (Roma), 2016; R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, I, 2014, pp. 304 ss.; D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, pp. 206 ss.; A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, pp. 44 ss. A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, I, 2013, pp. 128 ss. Per ampi richiami comparatistici si vedano gli scritti contenuti in C. AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della business judgement rule, passim*, oltre che la dottrina puntualmente richiamata da A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, pp. 61 ss., nt. 127.

<sup>449</sup> Sulla genesi della BJR negli Stati Uniti si veda, anche per puntuali riferimenti bibliografici, per tutti, G.G. PERUZZO, *Business judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Ariccia (Roma), 2016, pp. 19 ss.

<sup>450</sup> Per un quadro delle relazioni tra *duty of care/loyalty* e BJR si rinvia, *ex pluribus*, a D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, pp. 209 ss.

<sup>451</sup> *Aronson v. Lewis*, Corte Suprema del Delaware, 1984, 473 A.2d 805, su cui, per tutti, nella dottrina italiana G.G. PERUZZO, *Business judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Ariccia (Roma), 2016, pp. 26 ss.

<sup>452</sup> Sul punto, D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, p. 229.

<sup>453</sup> Su cui G. MOLLO, *La business judgment rule tra tenuta giurisprudenziale e vantaggi di una cornice normativa per l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, p. 154.

<sup>454</sup> *Ibidem*.

Originariamente, la categorizzazione del principio era dovuta, infatti, ad una decisione della Cassazione del 1965<sup>455</sup>, che riportava che “il giudice non può sindacare il merito degli atti e dei fatti compiuti dagli amministratori, o meglio non può giudicare sulla base di criteri discrezionali di opportunità o convenienza, poiché in tal modo egli sostituirebbe *ex post* il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall’organo all’uopo legittimato”<sup>456</sup>.

Tuttavia, pur trovandosi di fronte a un principio rigoroso con riguardo al controllo giudiziale sulle scelte imprenditoriali, la relativa applicazione non lo era altrettanto, così da sollevare le critiche della dottrina<sup>457</sup>: in pratica il controllo del merito delle decisioni imprenditoriali trovava piena attuazione nelle motivazioni delle sentenze. Fino agli anni Ottanta del Novecento, in particolare nelle decisioni di merito, il giudizio sull’operato degli amministratori era molto approfondito<sup>458</sup>. A partire dagli anni Novanta, invece, la giurisprudenza ha iniziato a limitare il proprio controllo, attraverso il consolidamento di due fondamentali criteri valutativi: (i) l’imputabilità del danno solo se prevedibile *ex ante* al momento dell’operazione; (ii) il trasferimento del nucleo del giudizio dalla diligenza dimostrata nella fase decisionale (ossia dal merito della scelta imprenditoriale) alla fase cognitiva (cioè all’assunzione delle dovute informazioni)<sup>459</sup>.

L’insindacabilità del merito delle decisioni imprenditoriali viene fissata in giurisprudenza con la riforma del 2003 della disciplina societaria<sup>460</sup> e, in particolare, degli obblighi degli amministratori<sup>461</sup>. Segnatamente, “all’amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico”. Una tale valutazione ha riguardo “alla

---

<sup>455</sup> Si tratta di Cass. civ., Sez. I, n. 2359/1965, in *Giur. it.*, I, 1966, p. 401.

<sup>456</sup> *Ibidem*.

<sup>457</sup> Per una ricostruzione sul punto si rinvia ad A. DACCÒ, *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *A.G.E.*, p. 184.

<sup>458</sup> Per un approfondimento, anche per i riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a D. CESIANO, *L’applicazione della ‘business judgment rule’ nella giurisprudenza italiana*, in C. AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un’analisi comparatistica della business judgment rule*, Milano, 2014, pp. 114-115.

<sup>459</sup> Per tutti, D. CESIANO, *L’applicazione della ‘business judgment rule’ nella giurisprudenza italiana*, in C. AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un’analisi comparatistica della business judgment rule*, Milano, 2014, pp. 116-117.

<sup>460</sup> Riforma avvenuta con i D.Lgs. n. 5/2003 e n. 6/2003.

<sup>461</sup> Sulla responsabilità civile degli amministratori la bibliografia è sterminata: senza alcuna pretesa di completezza, tra le altre opere monografiche dedicate al tema, si segnalano F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004; C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, 2003; C. MARCHETTI (a cura di), *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2015; G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005.

discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, ma non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società". Da ciò consegue che "il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione o le modalità e le circostanze di tali scelte, anche se presentino profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, e, quindi, l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità"<sup>462</sup>.

In questa prospettiva, in dottrina è stato osservato che "gli amministratori sono responsabili se violano un dovere imposto dalla legge e tra questi non risulta quello di gestire senza commettere errori"<sup>463</sup>. Esemplicativamente, si ritiene diano luogo a responsabilità solo operazioni che "present[ino] un valore atteso negativo o, considerando anche l'incertezza delle possibili valutazioni, quando tra i diversi esiti alternativi non sussista un evento di valore positivo"<sup>464</sup>. In questa ottica, una responsabilità civile in capo agli amministratori è stata raramente riconosciuta e, in ogni caso, sempre nel caso di condotte talmente negligenti nella fase cognitiva da far ritenere probabile l'inosservanza del dovere di agire in assenza di conflitto di interessi<sup>465</sup>. Muovendo dal contenuto del principio alla sua ragione ispiratrice, la maggior parte della dottrina nordamericana<sup>466</sup> ha riconosciuto la legittimazione della BJR in un'ottica istituzionalista: il consiglio di amministrazione e gli organi delegati rappresentano i soggetti più adatti a porre in essere le decisioni imprenditoriali e mediante la BJR viene assicurato il carattere di resistenza delle scelte prese da costoro

---

<sup>462</sup> In questi termini Cass. civ., Sez. I, n. 3409/2013, in *Leggi d'Italia*. In senso analogo, più di recente, Cass. civ., Sez. I, n. 1783/2014, dep. 2015, in *Le Soc.*, 2015, pp. 1317 ss., con nota di L. LOPEZ, *Discrezionalità degli amministratori di S.p.a., diligenza e dovere di agire in modo informato*.

<sup>463</sup> Sul punto, G. MOLLO, *La business judgment rule tra tenuta giurisprudenziale e vantaggi di una cornice normativa per l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, p. 147, che riprende le tesi formulate da F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, pp. 183 ss.; ID., *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano, 1992, pp. 65 ss.

<sup>464</sup> Alla lettera A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, p. 76, cui si rinvia per i riferimenti alla dottrina.

<sup>465</sup> Sul punto D. GIANTI, *Responsabilità degli amministratori per mera violazione del dovere di diligenza*, in *Danno e resp.*, 2010, p. 467.

<sup>466</sup> Si vedano le riflessioni di G.G. PERUZZO, *Business judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Ariccia (Roma), 2016, p. 47, che richiama C. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Interpretation and Institutions*, in *Mich. L. Rev.*, 2003, vol. 101, p. 885; W.O. HANEWICZ, *Primacy, Omnicare, and the Function of Corporate Law*, in *Tenn. L. Rev.*, 2004, vol. 71, p. 529.

con riguardo a fattori esterni, in particolare rispetto al controllo giudiziale *ex post*, con i relativi rischi di *hindsight bias*<sup>467</sup>. È parzialmente differente la prospettiva della dottrina italiana, che ha identificato, invece, plurime ragioni a fondamento della BJR<sup>468</sup>.

A tal proposito, infatti, a fondamento di questo limite viene riconosciuta, in primo luogo, la necessità di evitare che il rischio imprenditoriale, per il tramite dell'azione di responsabilità sociale, ricada dai soci all'amministratore, che risponderebbe delle operazioni che non abbiano il ritorno economico atteso<sup>469</sup>. Ulteriormente, secondo altra dottrina<sup>470</sup>, il fatto che l'organo giudiziale possa riconsiderare *ex post* le decisioni imprenditoriali graverebbe sulle potenzialità innovative di un'impresa, dal momento che il fatto di assumere rischi viene filtrato attraverso gestioni più cautelative e secondo modelli conservativi. Inoltre, è stato osservato<sup>471</sup> che "l'azione degli amministratori si svolge di fronte alla possibilità di diversi plausibili punti di equilibrio: che l'efficienza dell'impresa può perseguirsi, nel mondo reale in cui i mercati sono necessariamente imperfetti, in modi differenti, se si vuol dire realizzando diversi equilibri fra interessi interni ed esterni all'impresa"<sup>472</sup>.

In questo modo il diverso equilibrio tra i rispettivi interessi, dei soci a massimizzare, a mantenere stabili i profitti o anche a liquidare l'attività, e dei creditori a gestire in via cautelativa il patrimonio sociale, trova plurime possibili alternative<sup>473</sup>. Ed è proprio la

---

<sup>467</sup> Per un approfondimento del concetto di *hindsight bias*, nella sterminata dottrina, si vedano tra gli altri, H.R. ARKES, C.A. SCHIPANI, *Medical malpractice vs the business judgment rule: Differences in hindsight bias*, in *Oregon Law Review*, 1994, pp. 587 ss.; K.A. KAMIN, J.J. RACHLINSKI, *Ex post ≠ ex ante: Determining liability in hindsight*, in *Law and Human Behavior*, vol. 19, n. 1, pp. 89 ss.; R.F. POHL, *Hindsight bias*, in R.F. POHL (ed.), *Cognitive illusions: A handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*, Hove, 2004, pp. 363 ss.

<sup>468</sup> Ovviamente non è questa la sede per assumere una posizione nel dibattito sulla *ratio* e le funzioni della BJR, per cui si rimanda alle opere – tra le altre – di PERUZZO e di SEMEGHINI già richiamate; ciò che qui ci si propone è di (provare a) porre in risalto le ragioni che possono offrire un contributo alla ricostruzione del sindacato in sede penale.

<sup>469</sup> Per tutti, G. MOLLO, *La business judgment rule tra tenuta giurisprudenziale e vantaggi di una cornice normativa per l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, p. 134.

<sup>470</sup> Si veda in, particolare, G.G. PERUZZO, *Business judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Ariccia (Roma), 2016, p. 52, anche per gli ulteriori riferimenti alla dottrina italiana e nord-americana. Per una critica radicale a tale impostazione D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, pp. 215-216 per cui una giurisprudenza poco rigorosa in materia di azione di responsabilità sociale, unita al ricorso ad assicurazioni che coprono sotto ogni profilo la responsabilità degli amministratori, comporta un rischio di *moral hazard*.

<sup>471</sup> Sul punto, C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012.

<sup>472</sup> Sul punto, C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 580.

<sup>473</sup> Sull'incidenza della propensione al rischio dei soci rispetto alla concretizzazione dell'interesse sociale si veda A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008, pp. 50 ss. e bibliografia *ivi* richiamata.

pluralità di possibili orizzonti di bilanciamento che rende necessaria “la decisione imprenditoriale, che rappresenta, in effetti, sia la funzione essenziale e ineliminabile degli amministratori, sia l’area cui propriamente si volge la *business judgment rule*”<sup>474</sup>, con ciò comportando che una valutazione sull’attività degli amministratori abbia riguardo “non tanto all’esito della loro ricerca, quanto al processo secondo il quale si è svolta”<sup>475</sup>, così escludendo un vaglio oltre la fase cognitiva dell’operato imprenditoriale.

Sul punto, si è anche osservato che l’organo decidente non possa ricoprire “l’inappropriato ruolo di ‘*manager in surroga*’”<sup>476</sup>, dal momento che non ne avrebbe le competenze tecniche e si troverebbe a giudicare *ex post* un’operazione a risultato negativo. Tuttavia, su questo specifico punto è stato affermato che è frequente per il giudice valutare il merito di materie articolate, soprattutto in seguito ad azioni che siano sfociate in un evento infausto o disvoluto<sup>477</sup>: in questo senso, valga il richiamo alla responsabilità medica<sup>478</sup>. Tuttavia, nel settore imprenditoriale, “a differenza di quanto avviene per l’opera del medico, non è predefinibile un interesse tale da poter fare ritenere che la sua soddisfazione ovvero insoddisfazione rappresenti oggettivamente l’adempimento o l’inadempimento di un obbligo”<sup>479</sup>. Sembra, dunque, che non si possa porre un problema di mancanza di perizia dell’organo decidente, dal

---

<sup>474</sup> Sul punto, C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 583.

<sup>475</sup> Sul punto, C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 580.

<sup>476</sup> L’espressione è di D. CESIANO, *L’applicazione della ‘business judgment rule’ nella giurisprudenza italiana*, in C. AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un’analisi comparatistica della business judgment rule*, Milano, 2014, p. 112.

<sup>477</sup> Per una critica a tale argomentazione, tra gli altri, C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 583; G.G. PERUZZO, *Business judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Ariccia (Roma), 2016, p. 65; D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013, p. 214.

<sup>478</sup> Su cui pure, in effetti, non sono mancati i tentativi del legislatore di limitare il sindacato del giudice, attraverso esenzioni di responsabilità (si usa volutamente un termine ampio data la discussa collocazione sistematica degli interventi normativi) collegate al rispetto da parte del sanitario di linee-guida e buone pratiche, finalizzato ad arginare il fenomeno della medicina difensiva: si pensi, paradigmaticamente, alle cc.dd. leggi Balduzzi (art. 3, l. 189/2012) e Gelli-Bianco (art. 590 *sexies* c.p., introdotto dalla l. 24/2017). Per un quadro d’insieme, oltre che per approfondimenti bibliografici, si rinvia a M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e responsabilità delle cure*, Milano, 2017; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Leg. pen.*, 7 giugno 2017.

<sup>479</sup> In questi termini, C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, p. 583.

momento che essa dovrebbe attingere solo la fase decisionale e non quella cognitiva<sup>480</sup>, bensì di incompetenza funzionale, visto che risulta necessario non far coincidere *ex post* la decisione giudiziale con quella operata *ex ante* dall'operatore economico.

In conclusione, dal momento che è impossibile individuare un unico equilibrio tra gli interessi di cui gli amministratori o l'imprenditore sono portatori nel rispettivo operato e la non compressione della libertà d'impresa e del suo generale rilievo innovatore, nella giurisprudenza civilistica si è fatto applicazione della BJR quale limite al controllo giudiziale, che, in mancanza di un conflitto di interessi, non può avere riguardo al momento decisionale e, perciò, la "scelta imprenditoriale" in quanto tale, bensì considerare esclusivamente la fase cognitiva.

### **§ 3.4. La sindacabilità in sede penale della scelta imprenditoriale**

Teoricamente, dunque, la BJR rappresenterebbe un forte limite anche alla sindacabilità in sede penale del merito delle scelte gestionali, restringendo la valutazione alle sole fattispecie di bancarotta semplice patrimoniale. A questo riguardo, la BJR potrebbe fornire indicazioni di rilievo rispetto ai limiti delle ipotesi di cui all'art. 217 l. fall. (ora art. 323 CCII) e, in particolare, ai concetti di "manifesta" o "grave imprudenza" e di "colpa grave": la colpevolezza, perciò, risiederebbe solo nel momento cognitivo e non sarà possibile rimproverare il merito della scelta imprenditoriale<sup>481</sup>. Similmente, per la condotta di cui al n. 2 dell'art. 224 l. fall. (ora lett. b), art. 330 CCII), il controllo sulle scelte imprenditoriali è escluso dall'assenza del dovere di "gestire senza commettere errori"<sup>482</sup> tra i compiti dell'amministratore.

---

<sup>480</sup> Sviluppa l'argomento G.G. PERUZZO, *Business judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Ariccia (Roma), 2016, p. 65.

<sup>481</sup> Pur senza richiamare la BJR e con un percorso argomentativo costruito sulla necessità di garantire tipicità alla dimensione oggettiva della colpa, a soluzioni non dissimili perviene D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2000, pp. 642 ss. Secondo l'Autore, l'art. 41 Cost. precluderebbe un sindacato di merito sulle decisioni imprenditoriali; tuttavia, si specifica che "questo potere di scelta va esercitato nell'osservanza di determinate 'condizioni tecniche', la cui violazione può determinare una responsabilità colposa ai sensi dell'art. 217 l. fall." (pp. 643-644); Il sindacato giudiziale dovrebbe svolgersi, nella prospettiva di MICHELETTI, sulla base di due parametri: (i) il rispetto degli strumenti di programmazione e controllo dell'attività imprenditoriale, previsti dalle scienze aziendalistiche (p. 644); (ii) la conformità dell'azione imprenditoriale alla programmazione stabilita, salvo una nuova programmazione (p. 645).

<sup>482</sup> Sul punto, G. MOLLO, *La business judgment rule tra tenuta giurisprudenziale e vantaggi di una cornice normativa per l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. imp.*, 2017, p. 147, che sintetizza icasticamente la posizione di F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, pp. 183 ss.

Alternativamente, se nelle fattispecie penali non fosse considerata la BJR, sarebbe esclusa ogni conformità da un punto di vista sistematico, in quanto una scelta imprenditoriale, sfavorevole *ex post*, non sarebbe sindacabile in sede civile, ma, al tempo stesso, potrebbe rappresentare il substrato applicativo di una pena di natura criminale. Un tale risultato comporterebbe che la stessa BJR si renderebbe inidonea a realizzare la propria precipua funzione: di fronte alla funzione general-preventiva della pena criminale, infatti, un contesto più favorevole in sede civile non garantirebbe la libertà imprenditoriale e la necessaria tutela per chi promuova “iniziative ‘disusuali’ [che] potrebbero valutarsi come frutto di imperizia o eccessivamente rischiose, erronee ed inopportune, oppure al contrario come coraggiose, lungimiranti o frutto di geniale intuizione”<sup>483</sup>. Peraltro, al giudice penale, che in tal modo verrebbe davvero chiamato quale ‘*manager* in surroga’ ad operare bilanciamenti tra interessi contrastanti, verrebbe lasciato uno spazio di arbitrio eccessivo, e ciò non soltanto dopo l’eventuale esito disvoluto di un’operazione, ma anche e soprattutto a seguito dell’insolvenza dell’ente o dell’imprenditore, e, quindi, anche del suo fallimento. Tuttavia, tale riflessione non è univoca nella giurisprudenza penale, in particolare qualora si voglia muovere dalle affermazioni di principio al merito delle decisioni prese.

E, infatti, è presente nella giurisprudenza di legittimità una presa di posizione nel senso della non sindacabilità della decisione imprenditoriale operata con diligenza, debitamente informata e in assenza di conflitto di interessi. Si tratta, segnatamente, di una decisione<sup>484</sup> con cui la Cassazione ha annullato una condanna per bancarotta fraudolenta patrimoniale. Nel caso sotto esame, il direttore generale di una società poi fallita era stato ritenuto responsabile per una condotta distrattiva e, in particolare, per l’acquisizione della partecipazione totalitaria di un’altra società, imputandogli di aver operato: (i) sulla base “di una cattiva valutazione del mercato e del settore d’intervento della società acquisita”; (ii) sovrastimando i “benefici che l’inserimento dell’ente nel perimetro del gruppo acquirente poteva portare all’attività dello stesso”; (iii) mancando di considerare la “rapida obsolescenza del *know how* ottenuto con l’operazione”. Il giudice di legittimità, censurando il percorso logico che stava a fondamento della condanna, affermava che “la motivazione così sviluppata sembra indirizzata a muovere aspre critiche [all’imputato] per le sue scelte imprenditoriali,

---

<sup>483</sup> In questi termini F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, p. 185.

<sup>484</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. V, n. 18833/2013, in *Leggi d’Italia*.

sotto il profilo dell'adozione di una strategia dimostrativa di incapacità gestionale, piuttosto che a giustificare la condanna penale a titolo di bancarotta fraudolenta per dissipazione<sup>485</sup>. D'altronde, così riprendendo la distinzione tracciata da Pedrazzi e richiamata in apertura del capitolo<sup>486</sup>, “la condotta dissipativa consiste nello sperpero del patrimonio aziendale per scopi del tutto estranei all'impresa”<sup>487</sup>. Dunque, si può affermare che, pur di fronte a sintomi di incapacità gestionale, qualora l'operazione abbia intrinsecamente una finalità imprenditoriale, non è possibile contestare la bancarotta fraudolenta patrimoniale come capo di imputazione.

Tuttavia, oltre l'attestazione di principio, risultano numericamente più costanti gli arresti di legittimità in cui vengono confermate le sentenze di merito che fondano la responsabilità su un sindacato della decisione imprenditoriale, in particolare relativamente ad ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale o societaria, più che semplice. L'orientamento più rilevante può essere individuato nelle decisioni di condanna dell'imprenditore che aliena al giusto prezzo risorse societarie, in un'ottica liquidatoria e di soddisfazione dei creditori. Tralasciando la qualificazione della decisione imprenditoriale come condotta distrattiva, dissipativa o quale operazione dolosa di causazione o aggravamento del fallimento<sup>488</sup>, la giurisprudenza di legittimità afferma che “la cessione di beni patrimoniali è attività legittima quando sia destinata alla realizzazione della finalità dell'impresa”, “valutazione che deve essere accertata in concreto, tenendo presente che il criterio discrezionale sulla legittimità della manovra va riferito all'interesse dell'impresa all'esitazione della porzione di ricchezza vista, comunque, dell'integrità del suo patrimonio (garanzia dei creditori, *ex art.* 2740 c.c.) nel suo complesso”<sup>489</sup>. Al contempo, al fine di escludere la riconducibilità del fatto al tipo penale, non basta un semplice sinallagma negoziale, qualora l'alienazione del cespite implichi per l'ente “la perdita della capacità di perseguire utilmente l'oggetto sociale”<sup>490</sup>.

---

<sup>485</sup> *Ibidem*.

<sup>486</sup> Sul punto, C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 515.

<sup>487</sup> Alla lettera, Cass. pen., Sez. V, n. 18833/2013.

<sup>488</sup> Per una sostanziale indifferenza – nella prospettiva giurisprudenziale, ovviamente non condivisibile dogmaticamente – nella sussunzione della condotta in parola nelle ipotesi di distrazione, dissipazione o operazione dolosa che cagiona (o aggrava) il fallimento, si veda per tutte, Cass. pen., Sez. V, n. 24024/2015, in *Leggi d'Italia*.

<sup>489</sup> *Ibidem*.

<sup>490</sup> *Ibidem*.

Tali argomentazioni<sup>491</sup>, peraltro riprese da altre sentenze di legittimità<sup>492</sup>, sono emblematiche dell'irremovibilità del sindacato giudiziale sul merito delle scelte imprenditoriali, non essendo, dunque, sufficiente solo che il singolo cespite o il complesso di beni siano venduti al giusto prezzo, cosicché staticamente l'operazione risulti neutrale per il patrimonio dell'impresa, ma risultando altresì necessario, in una prospettiva dinamica, che l'alienazione fosse marginale rispetto al proseguimento dell'attività e la sua conservazione più inefficiente rispetto alla sua cessione. L'oggetto del controllo giudiziale in questo modo non si incentra solo sulla scelta imprenditoriale in sé, ma viene anche contestualizzata all'interno delle ipotesi di bancarotta fraudolenta, venendosi a creare una corrispondenza tra 'cattiva scelta imprenditoriale' e 'scelta non imprenditoriale'. Tale equivalenza potrebbe risultare in una scarsa applicazione della bancarotta semplice, avendo le ipotesi fraudolente catalizzato anche quei comportamenti di 'cattiva gestione', eventualmente sussumibili negli artt. 217 e 224 l. fall. (ora artt. 323 e 330 CCII). In questa cornice, le pronunce di legittimità in tema di bancarotta semplice hanno l'obiettivo di sciogliere il legame tra tale incriminazione e le declinazioni fraudolente, avvalendosi della riconducibilità dell'operazione agli interessi dell'impresa quale criterio discrezionale: al contempo, attraverso l'adeguamento delle 'cattive scelte imprenditoriali' alle 'scelte non imprenditoriali', il criterio dell'interesse dell'impresa diviene privo del proprio carattere selettivo e la sussumibilità del fatto tipico nell'una (artt. 216-223 l. fall., ora artt. 322-329 CCII) o nell'altra (artt. 217-224 l. fall., ora artt. 323-330 CCII) incriminazione del tutto discrezionale. Tanto è che la Cassazione ha qualificato un'operazione identica – come l'affitto di azienda, ricomprendente l'intera impresa, per un canone incongruo – in una decisione come operazione "distrattiva"<sup>493</sup> (art. 216,

---

<sup>491</sup> Per maggiore puntualità si riporta l'intero snodo motivazionale di Cass. pen., Sez. V, n. 24024/2015, qui d'interesse (e solo in parte ripreso nel corpo del testo): "la cessione di beni patrimoniali è attività legittima quando sia destinata alla realizzazione delle finalità dell'impresa. Valutazione che deve essere accertata in concreto, tenendo presente che il criterio discrezionale sulla legittimità della manovra va riferito all'interesse dell'impresa all'esitazione della porzione di ricchezza in vista, comunque, dell'integrità del suo patrimonio (garanzia dei creditori, ex art. 2740 c.c.) nel suo complesso. Pertanto, non sussiste alcun illecito se con la cessione viene realizzata una finalità aziendale (per es. raccolta di liquidità in ragione di pendenze debitorie) e viene conservata, con l'acquisizione della controprestazione offerta dal cessionario, l'ammontare quantitativo del patrimonio sociale. Diversamente è a dirsi se, con la perdita della disponibilità del cespite, si priva l'organismo non soltanto di una porzione di ricchezza, ma anche della capacità di perseguire utilmente l'oggetto sociale".

<sup>492</sup> Sostanzialmente in termini identici, tra le altre, Cass. pen., Sez. V, n. 10778/2012, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, n. 30343/2016, in *Leggi d'Italia*.

<sup>493</sup> Secondo Cass. pen., Sez. V, n. 44891/2008, in *CED Rv.* 241830, "costituisce condotta idonea ad integrare un fatto distrattivo riconducibile all'area d'operatività dell'art. 216, comma primo, n. 1, legge fall., l'affitto dei beni aziendali per un canone incongruo (nella specie, peraltro, il complesso dei beni

comma 1, l. fall., ora art. 322 CCII), in un'altra come "gravemente imprudente"<sup>494</sup> (art. 217, n. 2, l. fall., ora art. 323, lett. b) CCII), sulla base del medesimo principio selettivo.

### § 3.5. Le coordinate giuridiche del controllo giudiziale sulle scelte imprenditoriali

Esaminato l'*an* relativo al controllo giudiziale relativo alla 'cattiva scelta imprenditoriale', se ne deve analizzare anche il *quomodo*. Anche considerando la giurisprudenza in tema di cessione di un cespite a giusto prezzo<sup>495</sup>, sul punto, è possibile apprezzare un certo livello di disorientamento dell'operatore, che aspiri *ex ante* a conoscere il confine di liceità della sua attività<sup>496</sup>.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, sarebbe conforme alla legge l'operazione: (i) che sia "destinata alla realizzazione delle finalità dell'impresa" (o, meglio, dell'interesse sociale), (ii) che non sia "in contrasto con la garanzia accordata ai creditori sul patrimonio del debitore *ex art. 2740 c.c.*", e (iii) che non condizioni la "capacità di perseguire utilmente l'oggetto sociale". In tale ottica, queste affermazioni risultano talora equivoche e, nella prassi, incongrue.

In ambito societario, parte della dottrina<sup>497</sup> ha, infatti, notato l'impossibilità di individuare un interesse sociale che risulti unico, dal momento che il processo decisionale degli amministratori costituisce il risultato di un equilibrio tra interessi degli *shareholders* e degli *stakeholders* e, perciò, sono da considerarsi legittime (e insindacabili) un novero di diverse decisioni. In pratica, infatti, gli interessi alla base della decisione imprenditoriale non risultano convergenti e, in tal modo, consentono

---

affittati esauriva il compendio aziendale dell'impresa, per cui n'era derivata l'impossibilità per l'impresa stessa di proseguire nella propria attività economica)".

<sup>494</sup> In questo senso, Cass. pen., Sez. V, n. 24231/2003, in *CED Rv. 225937* per cui "ai fini del reato di cui all'art. 217 comma primo n. 2 legge fallimentare, operazioni di grave imprudenza sono quelle caratterizzate da alto grado di rischio, prive di serie e ragionevoli prospettive di successo economico, le quali, avuto riguardo alla complessiva situazione dell'impresa, oramai votata al dissesto, hanno il solo scopo di ritardare il fallimento. (Nel caso di specie, la S.C. ha condiviso l'interpretazione del giudice di merito che aveva considerato gravemente imprudenti alcune operazioni negoziali poste in essere da una società in stato di dissesto, e precisamente la locazione dell'intera azienda in favore di altra società, che non offriva peraltro serie garanzie di solvibilità, e per un canone locativo di gran lunga inferiore rispetto al valore dei beni locati; un contratto estimatorio mediante il quale la merce di magazzino era immediatamente consegnata all'altra società, con facoltà per quest'ultima di acquistarla per sé, venderla a terzi o restituirla alla controparte; una cessione di contratti relativi a beni oggetto di locazione finanziaria detenuti dalla stessa società cedente)".

<sup>495</sup> Si tratta, in particolare, di Cass. pen., Sez. V, n. 18833/2013.

<sup>496</sup> Il riferimento è a V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

<sup>497</sup> Per tutti, anche per i necessari riferimenti alla dottrina, C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, pp. 574-575.

un loro ipotetico bilanciamento. In tale prospettiva, “tra l’obiettivo della massimizzazione del valore dell’impresa e quello della salvaguardia dei creditori sussiste un rapporto di *trade-off*, dato che non esiste un punto di equilibrio in grado di soddisfare entrambi gli obiettivi (in considerazione del fatto che il valore potenzialmente creabile a favore dei soci è infinito, mentre il valore necessario a soddisfare i creditori è fisso)”<sup>498</sup>. Inoltre, il contenuto intrinseco della posizione dei soci e dei creditori cambia avendo riguardo alle condizioni economiche dell’impresa tanto che “in assenza di pericoli per la continuità aziendale, secondo l’impostazione dominante, l’interesse (o, meglio, gli interessi) dei soci è l’obiettivo dell’agire sociale, mentre quello dei creditori ne costituisce solo un limite; in una situazione di crisi dell’impresa, l’interesse dei creditori assume un ruolo primario e quello dei soci degrada a limite dell’azione della società”<sup>499</sup>.

Dalla prospettiva dell’*extraneus*, altra parte nell’operazione imprenditoriale con l’impresa poi fallita, nonché soggetto che può essere ricompreso nel concorso nel reato proprio con l’autore materiale del reato<sup>500</sup> ed è destinatario dei precetti contenuti nell’art. 232 l. fall. (ora art. 338 CCII), la situazione si fa maggiormente complessa.

Ciò, in particolare, ove anche l’estraneo sia un imprenditore o un amministratore (o ricopra un ruolo equivalente), in quanto necessariamente portatore di un interesse di segno opposto a quello dell’impresa fallita, volto, dunque, a massimizzare il proprio profitto, pena l’inosservanza del proprio dovere di diligenza. In sintesi, nella prospettiva dell’*extraneus*, per un verso, “tanto peggiori saranno per la fallita le condizioni contrattuali stabilite, tanto meglio avrà adempiuto al proprio compito di massimizzare i profitti”<sup>501</sup>; per altro verso, tuttavia, un’operazione eccessivamente sbilanciata rischia di debordare nell’alveo della ‘cattiva gestione’, che viene inclusa dalla giurisprudenza nel margine della bancarotta fraudolenta, presentando un rischio

---

<sup>498</sup> Alla lettera, G.G. PERUZZO, *Business judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Ariccia (Roma), 2016, p. 145.

<sup>499</sup> In questi termini, R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell’impresa societaria*, in *Giur. comm.*, I, 2014, p. 320.

<sup>500</sup> Sul concorso dell’*extraneus* nei reati fallimentari si vedano, in particolare, G. COCCO, *Il concorso dell’estraneo nella bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Studi economico-giuridici: in memoria di LINO SALIS*, Torino, 2000, pp. 287 ss.; G. INSOLERA, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, pp. 817 ss. Più in generale, sul concorso dell’estraneo nel reato proprio restano fondamentali, M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004 (in particolare pp. 347 ss.) e S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987 (segnatamente pp. 394 ss.).

<sup>501</sup> Sul punto, A. INGRASSIA, *Rischio di impresa e ‘rischio penale’. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, 2020, Giappichelli editore, Torino, p. 25.

di imputazione non solo per l'imprenditore o l'amministratore dell'impresa fallita, ma anche per l'*extraneus*, in concorso (artt. 216 e 223 l. fall., ora artt. 322 e 329 CCII) o mono-soggettivamente (art. 232 l. fall., adesso art. 338 CCII).

Dal momento che la giurisprudenza penale mira ad indagare il merito delle scelte imprenditoriali, risulta necessario identificare i criteri di tale giudizio e, in questa prospettiva, ne vengono in considerazione almeno tre: (i) il ruolo ricoperto dall'autore del fatto (imprenditore, amministratore, soggetti equiparati, *extraneus*); (ii) la prevalenza dell'interesse al profitto o alla tutela dei creditori; (iii) le condizioni economiche dell'impresa al momento dell'operazione. Possibilmente, la diversa declinazione delle tre variabili crea un modello di incriminazione differente quanto (a) alle caratteristiche del controllo giudiziale e, conseguentemente, (b) al rischio d'incriminazione per l'operatore economico prescelto.

### **§ 3.6. La qualifica e l'interesse dell'*extraneus***

Nell'ottica dell'autore del fatto tipico di reato, nella disciplina penale fallimentare sono distinguibili tre tipologie di rischio d'incriminazione per le decisioni imprenditoriali, in particolare relativamente a: (i) l'imprenditore e i soggetti che svolgono un ruolo equivalente; (ii) l'amministratore di società e i soggetti che ricoprono un incarico equivalente; (iii) l'*extraneus*. Avendo già analizzato le prime due figure in precedenza, sul punto è possibile ulteriormente dire che l'espansione della punibilità della bancarotta fraudolenta, assieme alla difficile sussumibilità dei comportamenti di 'cattiva gestione' nella disciplina della bancarotta per distrazione, dissipazione e operazioni dolose, ha annullato le differenze tra le diverse categorie di reato (propria e impropria, semplice e fraudolenta).

Dunque, è funzionale concentrare l'attenzione sulla possibile responsabilità penale dell'*extraneus*, in connessione con il controllo sulla sua decisione imprenditoriale. La condotta del terzo che intrattenga rapporti negoziali con l'impresa poi fallita, omettendo di considerare eventuali comportamenti fraudolenti o di appropriazione<sup>502</sup>, rientrerebbe nella corrispondente fattispecie solo ove abbia acquistato cespiti ad un "prezzo notevolmente inferiore al valore corrente", se a conoscenza dello stato di dissesto del cedente (art. 232, comma 3, n. 2 e comma 4 l. fall., ora art. 338, comma 3,

---

<sup>502</sup> Si fa riferimento alle condotte tipizzate nell'art. 232, comma 3, n. 2, (ora art. 338, comma 3, lett. b) CCII) di distrazione o ricettazione di beni dell'imprenditore o dell'ente fallito, e non all'acquisto di beni a prezzi notevolmente inferiori al valore di mercato, c.d. vendita speculativa.

lett. b) e comma 4 CCII, c.d. vendita speculativa<sup>503</sup>). Con tale disciplina si è così limitato la libertà imprenditoriale dell'*extraneus*, che può stipulare negozi anche con controparti in condizioni economiche di difficoltà, tranne che accordi sinallagmatici eccessivamente sbilanciati. Tuttavia, il regime legale del concorso di persone nel reato<sup>504</sup>, assieme alla citata equivalenza tra 'cattiva scelta imprenditoriale' e 'scelta non imprenditoriale', ha sostanzialmente avvicinato la fattispecie di vendita speculativa<sup>505</sup> all'ambito della bancarotta per distrazione, dissipazione o operazioni dolose del soggetto, connesso con l'impresa fallita<sup>506</sup>.

In tale ottica, le pronunce che tentano di sussumere il fatto nell'una o nell'altra disciplina concludono spesso per la possibilità di contestare il reato di cui all'art. 232, comma 3, n. 2, l. fall. (ora art. 338, comma 3, lett. b) CCII), in special modo nel caso in cui non sussista un concorso tra l'imprenditore o l'amministratore dell'impresa sottoposta a procedura concorsuale e l'*extraneus*<sup>507</sup>. Dal momento che si è di fronte ad

---

<sup>503</sup> Per un'analisi dell'incriminazione in parola si vedano, tra gli altri, E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, pp. 378 ss.; G. COCCO, *Commento sub art. 232*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 1297; N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, pp. 207-208; E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018, p. 301 ss.; A. ROSSI VANNINI, *Commento sub art. 232*, in A. ROSSI VANNINI, N. MAZZACUVA, *Disposizioni penali. Tomo III*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1997, pp. 1 ss.

<sup>504</sup> Per una critica radicale alla disciplina del concorso di persone, che revoca in dubbio persino il rispetto del principio di riserva di legge, si vedano, L. RISCATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001, pp. 58 ss.; G. VASSALLI, *Riforma del codice penale: se, come e quando*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 34, ove afferma: "l'art. 110 del codice Rocco è a mio avviso la disposizione più anticostituzionale che esista nell'ordinamento penale italiano. Dal momento in cui è entrata in vigore la Costituzione tale disposizione contraddice in modo flagrante l'art. 25 comma secondo, che per costante dottrina e giurisprudenza vuole che la determinatezza del precetto sia elemento essenziale del principio di legalità. L'art. 110 viola il principio di determinatezza, ma anche il principio costituzionale di eguaglianza. Staccandosi da tutti i codici di tradizione latino-germanica, tradizione della quale il codice Zanardelli fu mirabile interprete (nonostante alcuni difetti secondari che nessuno intende negare), il codice Rocco annega ogni criterio di razionalità in un indistinto rapporto di causalità (con un solo irrilevante spiraglio, per giunta facoltativo, nel primo comma dell'art. 114), omettendo del tutto una descrizione e persino una menzione delle condotte punibili e parificando, contro eguaglianza e giustizia, tutte le ipotetiche e non descritte condotte integranti concorso nel reato. L'art. 110 non ha fatto che gettare semi di ingiustizia, di confusione e di incomprendimento".

<sup>505</sup> Risultano sul *CED* della Cassazione solo quattro massime, piuttosto risalenti, incentrate sui tratti tipici della vendita speculativa, ovvero: Cass. pen., Sez. V, n. 2056/1993 (dep. 1994), in *CED Rv.* 197269; Cass. pen., Sez. V, n. 863/1991 (dep. 1992), in *CED Rv.* 189585; Cass. pen., Sez. V, n. 12229/1976, in *CED Rv.* 134842; Cass. pen., Sez. V, n. 5740/1976, in *CED Rv.* 134232.

<sup>506</sup> In senso adesivo, S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Milano, 2019, pp. 69 ss.

<sup>507</sup> In generale, sul ruolo dell'accordo per discernere tra concorso dell'*extraneus* nella bancarotta fraudolenta e autorità del delitto di ricettazione pre-fallimentare (anche oltre le ipotesi di vendita speculativa, si vedano, tra le decisioni più recenti: Cass. pen., Sez. V, n. 42572/2016, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, n. 13890/2014 (dep. 2015) in *Leggi d'Italia*; si tratta tuttavia di un insegnamento con radici lontane, si veda, paradigmaticamente, Cass. pen., Sez. V, n. 5648/1973, in *CED Rv.* 124710,

un contratto ed è elemento essenziale *ex art.* 1321 c.c. la volontà bilaterale di contrarre il negozio giuridico, rispetto alla vendita speculativa non pare ipotizzabile un'aggressione unilaterale al patrimonio della fallita da parte del terzo, ciò che invece è possibile nel caso di condotta distrattiva. In questa prospettiva, dal momento che i termini contrattuali e la cessione del bene al prezzo convenuto sono voluti da entrambi i soggetti contraenti, la rappresentazione e la volontà comune di contribuire causalmente alla 'cattiva scelta di gestione' sono idonee ad integrare il concorso in una condotta distrattiva, dissipativa o in un'operazione dolosa<sup>508</sup>.

Sarebbe, dunque, possibile rompere il legame concorsuale e separare le condotte di *extraneus* ed *intraneus*, solo ove "quest'ultimo sia in grado di giustificare la ragione economica della vendita ad un prezzo notevolmente inferiore a quello corrente"<sup>509</sup>. In questo modo, la bancarotta fraudolenta non potrebbe essere contestata al soggetto imprenditore o ad esso equiparato e, al tempo stesso, l'incriminazione di vendita speculativa fonderebbe la responsabilità del terzo, ma, probabilmente per caratteristiche di difficile dimostrazione pratica, è più frequente che nelle pronunce di legittimità venga affermata la realizzazione monosoggettiva del meno grave illecito di cui all'art. 232, comma 3, n. 2, l. fall. (ora art. 338, comma 3, lett. b) CCII), piuttosto che la consumazione in forma plurisoggettiva dell'art. 216 l. fall. (ora art. 322 CCII)<sup>510</sup>. In particolare, la giurisprudenza<sup>511</sup> ha affermato che il giudice è in grado di apprezzare

---

per cui: "La ricettazione pre-fallimentare, anche se non è stabilito espressamente, come nel caso della ricettazione post-fallimentare, deve realizzarsi fuori dei casi di concorso nel delitto di bancarotta. Altrimenti, per effetto delle regole sul concorso di reati, l'imprenditore e l'estraneo dovrebbero entrambi rispondere di bancarotta fraudolenta e il delitto di ricettazione non avrebbe alcuna autonomia. Esso è dunque condizionato all'inesistenza di un accordo con l'imprenditore". In dottrina, pone l'accento sulla capacità discrezionale dell'accordo, in particolare, G. COCCO, *Il concorso dell'estraneo nella bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Studi economico-giuridici: in memoria di Lino Salis*, Torino, 2000, pp. 295 ss.

<sup>508</sup> Sul punto non convince la posizione di C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 651, per cui il terzo risponderebbe sempre di vendita speculativa, "a meno che, eccedendo dal suo ruolo contrattuale, non faccia opera di istigazione". Non si comprende, da un canto, perché tra le forme di concorso morale sarebbe rilevante soltanto l'istigazione e non l'accordo; dall'altro, non sembra individuabile l'*ubi consistam* di un "eccesso del ruolo contrattuale": rimane infatti da chiedersi se l'instaurare una trattativa sul prezzo, portandolo al di sotto dell'iniziale richiesta del venditore è un eccesso contrattuale oppure è necessaria una condotta (violenza, dolo, ecc.) che renda nullo, annullabile o rescindibile il negozio.

<sup>509</sup> Sul punto, A. INGRASSIA, *Rischio di impresa e 'rischio penale'. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, 2020, Giappichelli editore, Torino, p. 29.

<sup>510</sup> Oltre alle decisioni già richiamate, anche Cass. pen., Sez. V, n. 13890/2014 (dep. 2015), in *Leggi d'Italia*, in cui la Suprema Corte ha annullato con rinvio la decisione che aveva riconosciuto la responsabilità per bancarotta patrimoniale distrattiva in capo all'*extraneus* acquirente del bene.

<sup>511</sup> Per tutte, Cass. pen., Sez. V, n. 863/1991 (dep. 1992).

liberamente il concetto di “valore corrente”, anche al di fuori delle ipotesi del solo prezzo di mercato, non risultando, peraltro, vincolato dall’art. 1448 c.c. (che consente la rescissione del contratto per l’ipotesi in cui vi sia sproporzione tra le prestazioni sinallagmatiche, dipesa dallo sfruttamento da parte di un contraente dello stato di bisogno dell’altro<sup>512</sup>, e, al suo secondo comma, limita l’esercizio dell’azione rescissoria alle sole ipotesi in cui il vantaggio del contraente forte “ecced[a] la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto”), dal momento che il legislatore ha escluso criteri predeterminati sul punto<sup>513</sup>.

Prendendo spunto dagli orientamenti giurisprudenziali emersi in tema di vendita speculativa, è possibile, dunque, affermare che un controllo giudiziale sulle decisioni imprenditoriali potenzialmente più stringente di quello affidato al giudice civile si delinei in sede penale anche con riguardo all’*extraneus*, che è esposto ad un rilevante rischio d’incriminazione soprattutto per il tramite della disciplina del concorso di persone.

### **§ 3.7. La prevalenza dell’interesse dell’impresa e di quello creditorio nel processo decisionale imprenditoriale**

La seconda variabile riguarda la prevalenza di un interesse, quello dell’impresa o quello dei creditori, all’interno del processo decisionale imprenditoriale. Traslando le logiche del diritto societario al diritto penale, l’interesse che l’imprenditore o l’amministratore devono privilegiare nelle proprie scelte (poi oggetto di verifica giudiziale) e il bene giuridico tutelato dalle fattispecie incriminatrici appaiono direttamente proporzionali. In questa prospettiva, esemplificativamente, si può osservare come la nozione di distrazione è intrinsecamente relativa, consistendo nel sottrarre qualcosa ad una funzione. Il novero delle condotte tipiche *ex art. 216 l. fall.* (ora art. 322 CCII) cambia in modo rilevante se il bene consiste nel massimizzare il

---

<sup>512</sup> In tema, G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962; G. MARINI, *Rescissione del contratto: diritto vigente*, Milano, 1988; B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, Milano, 2000.

<sup>513</sup> Tale conclusione ha trovato l’avallo di parte degli studiosi, per cui la vendita speculativa, rappresentando, secondo autorevole dottrina (P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 236), una forma di usura, non tollererebbe alcuna limitazione al sindacato del giudice penale sulla valutazione del prezzo, nemmeno quella prevista dall’art. 1448 c.c. (per tale conclusione, A. ROSSI VANNINI, *Commento sub art. 232*, in A. ROSSI VANNINI, N. MAZZACUVA, *Disposizioni penali. Tomo III*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1997, 42 ss.).

profitto o garantire i creditori e, al contempo, muta l'interesse privilegiato nelle decisioni imprenditoriali per la riduzione del rischio di incriminazione, qualora vi sia una divergenza tra interessi all'interno e all'esterno dell'ente<sup>514</sup>.

Secondo la giurisprudenza di legittimità<sup>515</sup> e la dottrina maggioritaria<sup>516</sup>, la bancarotta fraudolenta patrimoniale ha come bene giuridico tutelato l'interesse creditizio di natura privatistico-patrimoniale alla garanzia dei beni esecutabili del debitore, da intendersi in senso dinamico, come conservazione di valore, e non già statico, in quanto riferita ai singoli beni<sup>517</sup>.

Nell'ambito della dottrina minoritaria<sup>518</sup>, è stato sostenuto, invece, che il bene giuridico a fondamento delle fattispecie di bancarotta sia costituito dall'impresa e dal suo sviluppo<sup>519</sup>. In particolare, è stato osservato che “la bancarotta presidia la gestione

---

<sup>514</sup> Sul bilanciamento degli interessi in conflitto come matrice di disciplina fondamentale del diritto concorsuale e, conseguentemente, del diritto penale fallimentare, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, p. 19.

<sup>515</sup> Tra le decisioni più recenti in materia di bancarotta fraudolenta patrimoniale pre-fallimentare (propria e impropria) possono ricordarsi: Cass. pen., Sez. V, n. 48102/2017, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, n. 17819/2017, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, n. 14846/2017, in *Leggi d'Italia*. Tale conclusione si rinviene anche in Corte cost., ord. n. 268/1989.

<sup>516</sup> Pur con sfumature diverse, aderiscono a tale impostazione, tra gli altri e senza pretesa di completezza, E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, pp. 305 ss.; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, pp. 49 ss.; L. CONTI, *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1991, pp. 92 ss.; U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, IV ed., Milano, 1999, pp. 188 ss.; C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 423 ss.; ID., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Milano, 2003, pp. 971 ss.; A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001, pp. 13 ss.; G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010, p. 333; M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. II. Tutela penale del patrimonio*, Torino, 2013, pp. 374-375.

Per l'orientamento risalente già agli scritti di DELITALA, precedenti alla legge fallimentare, si vedano G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obb.*, I, 1926, pp. 437 ss.; ID., *Studi sulla bancarotta*, Milano, 1935; ID., *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Riv. pen.*, 1935, pp. 279 ss.; i predetti scritti sono stati ripubblicati in G. DELITALA, *Raccolta degli scritti. Diritto penale*, vol. II, Milano, 1976.

<sup>517</sup> Per tutti, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Milano, 2003, p. 974, che riprende la tesi di G. DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Studi Longhi*, Roma, 1935, p. 836.

<sup>518</sup> Non appare utile riprendere tutte le tesi formulate in dottrina sul punto, essendo state già oggetto di approfondita analisi in altri scritti, tra cui, solo per citarne alcuni, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Milano, 2003, pp. 976 ss.; A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001, pp. 5 ss., e più di recente, S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Milano, 2019, pp. 142 ss.

<sup>519</sup> La prima formulazione di tale impostazione risale ad A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008. Monografie di parte*

economica dell'impresa, mentre il fallimento ne garantisce la permanenza in vita solo in caso di vitalità economica" e, "proprio perché le norme sulla bancarotta presidiano dall'interno l'obbligo di gestione fornita di significato economico dell'impresa (l'obbligo di profitto), esse possono essere considerate norme di principio sullo 'statuto' dell'impresa e, per molti versi, sovraordinate alla disciplina del fallimento, che è un istituto che, nel suo nucleo essenziale e caratterizzante, sancisce la necessità di cessazione dell'impresa che sia diventata un' 'istituzione' che, invece di produrre, distrugge ricchezza"<sup>520</sup>. In questa prospettiva, "le fattispecie di bancarotta concorrono infatti 'dall'interno', insieme all'istituto del fallimento che vi concorre 'dall'esterno', alla tutela dell'istituzione impresa, alla tutela, cioè, della credibilità – del vero e proprio credito – e della corretta destinazione economica dell'impresa stessa e, con essa, della propria centrale funzione sociale" e "l'impresa risponde ad un interesse oggettivo che è quello del proprio stesso funzionamento e durata nel tempo e che consiste nel produrre ricchezza o, in altri termini, profitto"<sup>521</sup>. Dunque, secondo tale impostazione, le fattispecie di bancarotta dovrebbero, per un verso, orientare le scelte imprenditoriali degli operatori economici e, per altro verso, operare una selezione delle imprese e degli imprenditori più efficienti, mediante la criminalizzazione dei comportamenti che dolosamente o anche oggettivamente si siano rivelati inidonei a produrre risultati positivi<sup>522</sup>. In questa ottica, non pare condivisibile la tesi secondo cui il controllo giudiziale sulle decisioni imprenditoriali non debba essere limitato in alcun modo<sup>523</sup>. Per ciò che riguarda il bene giuridico protetto, infatti, meritano di essere prese in esame le considerazioni di Pedrazzi<sup>524</sup> e Delitala<sup>525</sup>, secondo cui "non si deve confondere il

---

*speciale*, Milano, 2009, p. 17; in senso adesivo, P. MANGANO, *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998; pur con dei distinguo rispetto agli Autori precedenti e con una serrata critica al concetto stesso di bene giuridico, U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Ariccia (Roma), 2015, *passim*, in particolare, pp. 115-122 e 369. Alla posizione di PIOLETTI aderisce N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, pp. 14 ss.

<sup>520</sup> Sul punto, U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Ariccia (Roma), 2015, p. 122.

<sup>521</sup> Sul punto, U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Ariccia (Roma), 2015, p. 369.

<sup>522</sup> In particolare, sostiene U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Ariccia (Roma), 2015, p. 399: "nella condotta di bancarotta patrimoniale – sia essa dolosa o colposa – non si esprime l'interesse dell'impresa, ma un "interesse" diverso e non compatibile con quello dell'impresa oppure, come nelle condotte di bancarotta semplice, semplicemente un contrasto oggettivo con l'interesse dell'impresa".

<sup>523</sup> Sul punto, U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Ariccia (Roma), 2015, pp. 433-434.

<sup>524</sup> Sul punto, C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, pp. 426 ss.

<sup>525</sup> Sul punto, G. DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Studi Longhi*, Roma, 1935, p. 839.

motivo della tutela con l'interesse tutelato, l'oggetto immediato del reato con quello mediato", in quanto è sicuramente vero che, proteggendo il credito, anche lo sviluppo dell'impresa è tutelato in via indiretta, ma non necessariamente che il bene giuridico protetto dalla disciplina della bancarotta sia l'impresa in quanto tale. Se, infatti, l'oggetto immediato riguardasse l'incriminazione dell'operatore economico, la necessità della previa declaratoria di fallimento o di un rapporto di causalità tra l'attività e il dissesto non avrebbe ragione di esistere, dal momento che il rimprovero riguarderebbe esclusivamente la condotta tipica; peraltro, non è chiaro come una selezione delle imprese e degli imprenditori più efficienti realizzata mediante la criminalizzazione dei comportamenti che, dolosamente o anche solo oggettivamente, si siano rivelati inidonei a produrre ricchezza e un controllo giudiziale *ex post* sulle decisioni imprenditoriali siano in grado di fornire indicazioni sulla figura del "buon imprenditore", né su come agevolare l'efficienza degli operatori economici, dal momento che, dal punto di vista di analisi economica del diritto<sup>526</sup>, essi costituirebbero forti disincentivi<sup>527</sup>.

Tuttavia, assieme alla garanzia dei creditori, anche la tutela dell'impresa viene in rilievo come bene giuridico protetto<sup>528</sup>, in quest'ottica rilevando ancora le sentenze in materia di alienazione di cespiti al giusto prezzo. Più che la tutela dei creditori, per i quali la garanzia sul patrimonio su cui soddisfarsi rimane intatta prima e dopo l'eventuale cessione, la giurisprudenza di legittimità prende in considerazione gli interessi dell'impresa stessa, volgendo lo sguardo all'utile perseguimento dello scopo sociale, ma la prospettiva dovrebbe essere invertita, comportando alcune conseguenze in ordine alla tipicità delle condotte.

Innanzitutto, l'eventuale offesa arrecata al buon andamento ed allo sviluppo dell'impresa in quanto tale rimane atipica, non costituendo questo il bene giuridico tutelato dalle fattispecie incriminatrici e dovendosi, perciò, rileggere le singole condotte come modalità di aggressione della garanzia dei creditori. Dunque, dal

---

<sup>526</sup> Si vedano le valutazioni di H. SPAMANN, *Monetary Liability for Breach of the Duty of Care*, in *JLA*, 2016, vol. 8, n. 2, pp. 337 ss., richiamato anche da G.G. PERUZZO, *Business judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Ariccia (Roma), 2016, p. 12.

<sup>527</sup> Nella dottrina penalistica, da ultimo, sui *biases* cognitivi connessi ai reati fallimentari A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, pp. 30 ss.

<sup>528</sup> In aperto contrasto con quella che dovrebbe essere la funzione critica del bene giuridico su cui per tutti G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001, pp. 535 ss. e V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, pp. 245 ss. Per una ricostruzione delle ragioni che hanno segnato il passaggio del bene giuridico "da argine a volano della criminalizzazione", C.E. PALIERO, *L'agora e il palazzo quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Crim.*, 2012, pp. 107 ss.

momento che l'alienazione non influenza il valore del patrimonio su cui i terzi possono soddisfarsi, non sembra possibile sussumere negli artt. 216 e 223 l. fall. (ora artt. 322 e 329 CCII) i trasferimenti di cespiti al giusto prezzo e sembrerebbe, invece, sussistere un rapporto di diretta proporzionalità tra rischio penale e rischio d'impresa, tanto che, “per ridurre il primo, l'operatore economico dovrebbe privilegiare sempre gli interessi dei creditori”<sup>529</sup>.

In secondo luogo, dal momento che l'attività di impresa richiede di rischiare risorse economiche<sup>530</sup> e la stessa concessione di un credito comporta una certa alea rispetto all'eventuale adempimento, non tutte le operazioni di riduzione della garanzia per i creditori, teoricamente e alternativamente sussumibili nella bancarotta fraudolenta o semplice patrimoniale, hanno rilievo penale. Sul punto, anzi, la libertà d'impresa, garantita dall'art. 41 Cost., richiede “libertà di movimento nel senso non soltanto dell'incessante trasformazione di un patrimonio investito in un'attività d'impresa, ma anche dell'assunzione del rischio inerente ad ogni attività commerciale, senza del quale l'impresa diventa una *sine cura* socialmente parassitaria”<sup>531</sup>. Così, per non assumere i tratti di un “feticcio paralizzante”<sup>532</sup>, il bene giuridico della garanzia dei creditori è inteso come “un concetto di relazione, che rimanda alla entità garantita, rappresentata dall'insieme delle obbligazioni cui l'imprenditore deve far fronte”<sup>533</sup>. Ne consegue, dunque, che “il rischio d'impresa non comporta rischi d'incriminazione finché il patrimonio dell'imprenditore o dell'ente sia sufficientemente capiente da coprire le obbligazioni assunte, man mano che vadano in scadenza”<sup>534</sup>. Ecco che, in

---

<sup>529</sup> Sul punto, A. INGRASSIA, *Rischio di impresa e 'rischio penale'. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, 2020, Giappichelli editore, Torino, p. 35.

<sup>530</sup> Fondamentale per sintesi il rilievo di A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, p. 31: “l'odierno sistema capitalistico non esige per niente che l'imprenditore sia avverso al rischio, anzi il rischio, connaturato all'impresa fin dall'esperienza della Compagnia delle Indie, non può non essere corso, fa parte dell'intima natura dell'impresa”.

<sup>531</sup> Così C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di GIACOMO DELITALA*, Milano, 1984, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 989.

<sup>532</sup> Testualmente, C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 435.

<sup>533</sup> Alla lettera, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Milano, 2003, p. 991. Nella stessa prospettiva, M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, Vol. II, Milano, 1988, p. 59; A. LANZI, *Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 494.

<sup>534</sup> Sul punto, A. INGRASSIA, *Rischio di impresa e 'rischio penale'. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, 2020, Giappichelli editore, Torino, p. 35. In termini ampiamente sovrapponibili, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di GIACOMO*

conclusione, occorre avere riguardo alla terza tipologia di indice, ovvero le condizioni economiche dell'impresa in prossimità dell'operazione.

### **§ 3.8. Il ruolo delle condizioni economiche dell'impresa nel contesto del rischio penale**

Dopo aver visto come venga affermato dalla dottrina societaria che, in fase di dissesto dell'impresa, per gli operatori economici coinvolti sia essenziale adottare politiche per inquadrare e dare rilievo all'interesse dei creditori, è ora il momento per analizzare le ragioni di tali considerazioni.

Da un punto di vista di analisi economica del diritto, quando il capitale sociale è perso, i creditori diventano sostanzialmente i principali portatori di interesse dell'impresa<sup>535</sup> e si sviluppa così un contesto favorevole ad attività ad alto rischio, dato che gli operatori economici (imprenditori, amministratori e soci) non avrebbero ulteriormente da perdere in caso di risultato negativo di un'operazione (c.d. *perverse incentive*<sup>536</sup>). Da tale considerazione deriva che il punto di tensione<sup>537</sup> può essere individuato nella fase oltre la quale il principale compito per gli amministratori diventa quello di gestire l'ente in un'ottica di mantenimento<sup>538</sup>. E ciò sia relativamente alla bancarotta semplice, che è già stata richiamata per essere il contesto favorevole del sindacato penalistico sulle scelte imprenditoriali, che alla bancarotta fraudolenta patrimoniale (art. 216, comma 1, n. 1, e 223, comma 1, l. fall., ora artt. 322, comma 1, lett. a), e 329, comma 1, CCII) e societaria (art. 223, comma 2, nn. 1 e 2, l. fall., ora art. 329, comma 2, lett. a) e b), CCII). In particolare, nella bancarotta societaria<sup>539</sup> la

---

DELITALA, Milano, 1984, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Milano, 2003, p. 991.

<sup>535</sup> Si veda, per tutti, R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, I, 2014, p. 311, per cui "i creditori diventano progressivamente i proprietari in senso economico dell'impresa quanto più essa aumenta il proprio indebitamento e quanto più si assottiglia l'*equity* dei proprietari in senso giuridico".

<sup>536</sup> Per un'analisi di tale nozione e per gli ulteriori riferimenti dottrinali, si veda F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, p. 1028.

<sup>537</sup> O c.d. *triggering point*, su cui, in particolare, G.G. PERUZZO, *Business judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Ariccia (Roma), 2016, p. 144, nonché F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, 2008, I, pp. 1096 ss.

<sup>538</sup> Sull'importanza del disvalore di contesto nelle fattispecie di bancarotta patrimoniale si veda, da ultimo, S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Milano, 2019, in particolare pp. 297 ss.

<sup>539</sup> In ordine alla fattispecie in parola, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, pp. 121-125; E.M.

situazione di crisi può fungere – pur non necessariamente – da substrato economico-giuridico in cui si realizzano entrambe le fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 223 l. fall., ora art. 329 CCII, e, sia che si prescelga la soluzione di equivalenza a fini penali dei concetti di dissesto e insolvenza (sulla scorta della dottrina maggioritaria<sup>540</sup> e in linea con la giurisprudenza<sup>541</sup>), sia che si identifichi il primo quale aggravamento dell'offesa portata alla garanzia per i creditori rispetto alla seconda<sup>542</sup>, la condotta può indifferentemente inserirsi nel momento di tensione finanziaria, concorrendo a cagionarlo, oppure portare da una condizione economica stabile al dissesto, così cagionandolo.

Così anche per la causazione per dolo o per effetto di operazioni dolose del fallimento<sup>543</sup>, per cui, anche senza che il comportamento tipizzato dalla norma si realizzi in pregiudizio della garanzia per i creditori, è comunque necessario che esso porti alla situazione di insolvenza che prelude alla declaratoria di fallimento. Per ciò

---

AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, pp. 346-347; G. COCCO, *Commento sub art. 223*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, pp. 1267-1272; E. MUSCO, F. ARDITO, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018, pp. 225-237; A. MANNA, *La bancarotta impropria societaria*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, pp. 2424-2433; C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, pp. 759-772; N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, pp. 68-70; AL. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2014, pp. 185 ss.

<sup>540</sup> Per tutti A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016, p. 29; A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001, p. 311; A. D'AVIRRO, E. DE MARTINO, *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Milano, 2007, pp. 186 ss.; *contra*, invece, AL. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2014, pp. 197 ss.

<sup>541</sup> La giurisprudenza della Suprema Corte usa indifferentemente i concetti di fallimento e dissesto quale evento cagionato "con dolo o per effetto di operazioni dolose": tra le altre, da ultimo, Cass. pen., Sez. V, n. 633/2017 (dep. 2018), in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, n. 30212/2017, in *Leggi d'Italia*.

<sup>542</sup> In questa prospettiva, il dissesto rappresenta un *quid pluris* rispetto all'insolvenza, sostanziandosi in uno squilibrio patrimoniale irreversibile, in cui il passivo è maggiore dell'attivo (ciò che non sarebbe necessario ai fini dell'insolvenza): per tale prospettazione si veda N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, pp. 68 ss., e P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le Soc.*, 2019, p. 448.

<sup>543</sup> Sul tema si vedano A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019, pp. 125-131; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, pp. 237-247; G. COCCO, *Commento sub art. 223*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, pp. 1272-1276; A. MANNA, *La bancarotta impropria societaria*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Torino, 2019, pp. 2434-2436; C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, pp. 775-791; N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018, pp. 71-79; AL. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2014, pp. 194 ss.

che concerne la declinazione fraudolenta patrimoniale della bancarotta, invece, le condotte tipiche non sono causalmente collegate alla situazione di insolvenza, né è richiesto che esse siano serbate in una situazione di tensione della garanzia patrimoniale dei creditori. Ecco che, dunque, residuerebbero delle ipotesi di bancarotta integrabili anche in una situazione economica favorevole dell'impresa e, in particolare: (i) la bancarotta societaria, qualora dalle condotte descritte dal capoverso dell'art. 223 l. fall. (ora art. 329, comma 2, CCII) scaturisca l'insolvenza, (ii) la bancarotta fraudolenta patrimoniale di cui all'art. 216, comma 1, n. 1, l. fall. (ora art. 322, comma 1, lett. a), CCII) e, infine, (iii) la bancarotta semplice per operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti.

Dal punto di vista dogmatico, la bancarotta fraudolenta societaria è, infatti, un reato d'evento e il fatto che il dissesto o l'insolvenza siano causalmente collegati alla condotta tipica comporta per gli amministratori una gestione conservativa e orientata a tutelare la garanzia dei creditori, più che a massimizzare il profitto<sup>544</sup>. Al contrario, la fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale non vede alcuna relazione sussistente tra la condotta e l'insolvenza prodromica alla successiva dichiarazione di fallimento e, secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario<sup>545</sup>, “una volta intervenuto il fallimento, in qualunque tempo siano stati commessi, anche in epoca remota ed anche se l'impresa si trovava ancora *in bonis*, i fatti di bancarotta assumono carattere di illecito penale a prescindere da collegamenti eziologici e psicologici tra essi e il fallimento stesso”<sup>546</sup>. Secondo questa prospettiva, sarebbe possibile operare un vaglio *ex post* su qualsiasi decisione imprenditoriale, non avendo considerazione della situazione dell'imprenditore o dell'ente al momento della condotta e potendo il decidente giudicare qualsiasi operazione passata, senza aver riguardo della prescrizione<sup>547</sup>. Recentemente, tuttavia, secondo la giurisprudenza di legittimità, pur

---

<sup>544</sup> Si possono certo eccettuare le ipotesi di enti destinati *ab origine* al fallimento: si pensi paradigmaticamente alle cc.dd. società cartiere utilizzate nelle frodi carosello (su cui A. MEREU, *La repressione penale delle frodi IVA: indagine ricostruttiva e prospettive di riforma*, Assago, 2011). Non sfugge si tratti di esempi frequenti nella pratica, degni della massima attenzione, tuttavia essi esulano dal tema della ricerca, che si incentra sulle scelte schiettamente imprenditoriali e sul legame tra rischio d'impresa e rischio d'incriminazione.

<sup>545</sup> Solo per citare alcune delle decisioni più recenti, Cass. pen., Sez. V, n. 33256/2017, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, n. 6904/2016 (dep. 2017), in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, n. 14045/2016, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, n. 12793/2016, in *Leggi d'Italia*; Cass. pen., Sez. V, n. 18985/2016, in *Leggi d'Italia*.

<sup>546</sup> In questi esatti termini, Cass. pen., Sez. V, n. 17384/2005, in *Leggi d'Italia*.

<sup>547</sup> Infatti, in giurisprudenza la diversa qualificazione della dichiarazione di fallimento come condizione obiettiva di punibilità piuttosto che come elemento costitutivo del tipo non incide sul momento consumativo del delitto, che si verifica comunque con la pronuncia di tale sentenza; dunque,

affermando in una pronuncia<sup>548</sup> che anche per la bancarotta fraudolenta patrimoniale sia necessario un rapporto di causalità tra la condotta e lo stato di insolvenza<sup>549</sup>, la tesi di Pedrazzi assume un certo rilievo. In dottrina<sup>550</sup>, infatti, si è sostenuto che l'inclusione nel perimetro di tipicità delle condotte "in qualsiasi tempo tenute" collocherebbe il delitto tra i reati di pericolo astratto, nonostante l'ampio spazio editale e che, peraltro, le nozioni di "distrazione" o "dissipazione" incidono anche sul bene giuridico<sup>551</sup>. Inoltre, gli strumenti civilistici a favore dei creditori, come le azioni revocatorie e surrogatorie, possono essere aditi esclusivamente nel caso di insufficienza dei beni del debitore a garantire le pretese creditorie<sup>552</sup>: così, se "alla tutela penale spetta indubbiamente un ambito autonomo e non subalterno, (...)

---

anche a distanza di molti anni dal fatto. Per di più la cornice editale draconiana comporta un lungo termine di prescrizione: il risultato è che non è infrequente nella prassi che il giudizio penale (specie in grado d'appello o di cassazione) si svolga anche a due decenni di distanza dalla realizzazione dell'operazione imprenditoriale contestata.

<sup>548</sup> Si tratta di Cass. pen., Sez. V, n. 47502/2012, Corvetta, in *Dir. pen. cont.*, 14 gennaio 2013, con nota di F. VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento*.

<sup>549</sup> Per un commento critico a tale decisione si vedano F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2013; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva e reato d'evento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, pp. 443 ss.; AL. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2014, pp. 107 ss.; G.G. SANDRELLI, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta "propria"*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 1429 ss. Per commenti parzialmente adesivi si vedano, invece, G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso della bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, pp. 67 ss.; G. FLORA, *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2012, pp. 892 ss.; A. LANZI, *La Cassazione 'razionalizza' la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2014, pp. 117 ss.

<sup>550</sup> Si vedano, per tutti, C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di GIACOMO DELITALA*, Milano, 1984, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Milano, 2003, p. 991; A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016, p. 28; C.O. ARTALE, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, 2019, Assago, pp. 2145 ss.

<sup>551</sup> Afferma puntualmente C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 433, "termini come 'distrazione' o 'dissipazione' sono impregnati da una connotazione negativa che solo una tangibile incidenza sul bene tutelato può riempire di contenuto: intese come modelli astratti di condotta, la distrazione o la dissipazione si sottrarrebbero ad una soddisfacente determinazione". Sulla pregnanza semantica in generale del concetto di distrazione, R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano, 2017, p. 76 e A. PERINI, D. DAWAN, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001, p. 169.

<sup>552</sup> Sostanzialmente in questi termini C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 435, che richiama R. NICOLÒ, *Surrogatoria-Revocatoria*, in *Commentario Scialoja-Branca*, sub artt. 2900-2969, p. 4. Più di recente, per un confronto tra disciplina penale e giustiziabilità civile del credito, soprattutto in prospettiva concorsuale, si veda P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta preferenziale*, Pavia, 2017, pp. 27 ss.

un'esigenza di proporzione le vieta di debordare dai confini tracciati dai più blandi rimedi civilistici (a maggior ragione quando si traduca in comminatorie draconiane)<sup>553</sup>.

In realtà, la bancarotta fraudolenta patrimoniale è un reato di pericolo concreto<sup>554</sup> e la condotta tipica deve consumarsi o quando l'insufficienza della garanzia è già in essere oppure, se il capitale sociale è ancora in grado di fungere da garanzia per i creditori, quando la condotta stessa la ponga in pericolo<sup>555</sup>. In questo modo, la bancarotta fraudolenta patrimoniale richiede un doppio evento<sup>556</sup>: (a) l'alienazione del bene da parte del debitore; (b) la compressione della garanzia per i creditori.

Si parla, perciò, di un'offesa che viene anticipata allo stadio del pericolo concreto, dal momento che la garanzia per i creditori può essere reintegrata, prima della dichiarazione di fallimento, da un comportamento bilanciatore<sup>557</sup> del soggetto

---

<sup>553</sup> Alla lettera, C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, p. 436.

<sup>554</sup> Come noto, è discussa in dottrina la qualificazione della bancarotta fraudolenta patrimoniale di cui agli artt. 216, comma 1, n. 1, e 223, comma 1, l. fall., (ora artt. 322, comma 1, lett. a) e 329, comma 1 CCII) quale reato di pericolo concreto o di evento di danno. In estrema sintesi, solo per abbozzare i diversi macro-paradigmi, senza alcuna pretesa di completezza e con ampia approssimazione, possono distinguersi le seguenti prospettive esegetiche sul delitto in parola quale: (a) reato di pericolo concreto, secondo la tesi maggioritaria tra gli studiosi, risalente agli studi di PEDRAZZI e sinteticamente ricostruita nel corpo del presente paragrafo; (b) reato di pericolo concreto ad imputazione obiettiva, per cui la fattispecie è integrata solo ove sussista un nesso di rischio tra la condotta e l'insolvenza (tesi sostenuta da M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, 2011, pp. 35 ss. e ripresa, tra gli altri, da A. NISCO, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta: ruolo dell'insolvenza e adeguatezza economica delle operazioni antecedenti*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2015, pp. 863 ss.); (c) reato d'evento di danno per la garanzia dei creditori (prospettiva cui possono iscriversi, pur con posizioni non pienamente sovrapponibili, G. COCCO, *Commento sub art. 216*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007, p. 1181; D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale: l'essere e il 'non essere' della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2015, p. 479; G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, 2015, p. 329). Non può essere questa la sede per dipanare una questione di tale complessità, né per vagliare criticamente tutte le prospettazioni; tuttavia, e in ogni caso, il rispetto del principio di necessaria offensività e di proporzionalità tra disvalore del fatto tipizzato nell'incriminazione e risposta sanzionatoria minacciata dal legislatore richiede, almeno, la lettura della fattispecie in parola in termini di pericolo concreto.

<sup>555</sup> O, quanto meno, da far apparire in pericolo la capienza del patrimonio, nel caso delle condotte simulatorie descritte nella fattispecie.

<sup>556</sup> Tale prospettazione si deve a C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003, pp. 503 ss.

<sup>557</sup> Per comportamento bilanciatore si intende una condotta che determina "una riduzione *ex post* della caratura lesiva del reato", secondo la felice definizione di C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di GIORGIO MARINUCCI*, Milano, 2004, p. 1661. Il concetto di contro-azione si ritrova già in F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981, p. 449.

attivo<sup>558</sup>, eliminando in tal modo la tipicità del fatto, mentre, una volta che sia intervenuta la sentenza di fallimento, l'offesa si qualifica come tipica. E, infatti, secondo un orientamento più attento al principio di offensività, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che “il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale prefallimentare è un reato di pericolo concreto, in cui l'atto di depauperamento deve risultare idoneo ad esporre a pericolo l'entità del patrimonio della società in relazione alla massa dei creditori e deve permanere tale fino all'epoca che precede l'apertura della procedura fallimentare”<sup>559</sup>, da ciò derivando che “rimane esente da pena il soggetto che impoverisca una società di risorse enormi, quando questa può comunque continuare a disporre di ben più rilevanti, idonee a fornire garanzia per le possibili pretese creditorie: perché in tal caso, a differenza dell'ipotesi dell'imprenditore che si renda responsabile di una distrazione modesta (ma a fronte di un patrimonio suscettibile di risentirne significativamente), il pericolo di un pregiudizio per i creditori non avrà assunto la concretezza richiesta dal dato normativo”<sup>560</sup>.

Lo stesso vale per la bancarotta semplice che venga realizzata mediante operazioni di pura sorte o manifestamente imprudenti, a fondamento della quale, infatti, deve sussistere una situazione di insufficienza della garanzia per essere qualificata come reato di pericolo concreto<sup>561</sup>.

Se, dunque, è l'insufficienza della garanzia per i creditori a costituire il contesto abituale dei fatti di bancarotta societaria e patrimoniale e, a partire dalle riforme societarie e fallimentari che si sono succedute a partire dal 2005, le scelte sull'*an* e sul *quomodo* delle strategie di recupero risultano centrali al fine di relegare il fallimento ad *extrema ratio*, promuovendo al contempo soluzioni negoziali tra debitore e creditori

---

<sup>558</sup> È l'ipotesi della c.d. bancarotta riparata, su cui in dottrina, anche per i necessari riferimenti bibliografici, per tutti P. CHIARAVIGLIO, *Danno e pericolo nella cd. 'bancarotta riparata'*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2015; O. ZAMPANO, *Bancarotta 'riparata' e principio di offensività*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2006, pp. 745 ss.; in giurisprudenza, tra le più recenti, Cass. pen., Sez. V, n. 4790/2015 (dep. 2016), in *CED Rv.* 266025; Cass. pen., Sez. V, n. 50289/2015, in *CED. Rv.* 265903; Cass. pen., Sez. V, n. 52077/2015, in *CED Rv.* 261347.

<sup>559</sup> In questi termini la massima ufficiale del *CED* n. 269562, relativa a Cass. pen., Sez. V, n. 17819/2017, pubblicata in *Le Soc.*, 2017, pp. 1030 ss., con nota di C. SANTORIELLO, *Spunti per una delimitazione degli atti di gestione del patrimonio aziendale qualificabili come bancarotta fraudolenta*. In realtà, la decisione offre una ricostruzione e un'applicazione molto meno nitida del principio riportato in massima: in questa prospettiva sia concesso il richiamo a L. TROYER, A. INGRASSIA, *La bancarotta distrattiva prefallimentare come reato di pericolo concreto: la Suprema Corte verso un'attesa sintesi*, in *Riv. dott. comm.*, 2017, pp. 595 ss.

<sup>560</sup> Alla lettera, Cass. pen., Sez. V, n. 26806/2016, in *Leggi d'Italia*; in termini sostanzialmente identici, Cass. pen., Sez. V, n. 32138/2016, in *Leggi d'Italia*; da ultimo, Cass. pen., Sez. V, n. 33256/2017, in *Leggi d'Italia*.

<sup>561</sup> Si tratta di un necessario correttivo esegetico per scongiurare un sindacato giudiziale potenzialmente aperto al *regressus ad infinitum*.

che favoriscano alternativamente la continuità aziendale, i maggiori rischi penali si addenserebbero nel momento di crisi dell'impresa e il controllo giudiziale in sede penale si concentrerebbe sulla decisione del se e del tipo di procedura negoziale o concorsuale a cui avrebbe dovuto accedere il soggetto attivo per risolverla.

In giurisprudenza, infatti, si è iniziato a prendere maggiormente in esame il ruolo del disvalore di contesto e in una pronuncia<sup>562</sup>, in particolare, si è distinto a seconda che la società fallita versasse ancora in condizioni economiche favorevoli o in una “situazione pre-fallimentare”. Se le operazioni economiche sono state poste in essere in un momento in cui l'imprenditore o l'ente falliti erano in una situazione di sufficienza della garanzia, “la potenzialità offensiva (per il ceto creditorio) di quelle iniziative deve essere oggetto di puntuale dimostrazione, da condurre – con giudizio *ex ante* – con criteri rigorosi e sulla base di elementi oggettivi (che tengano conto del livello dell'indebitamento, della consistenza patrimoniale dell'impresa e della sua capacità, anche prospettica, di produrre reddito) – poiché trattasi di giudizio che interferisce con i principi dell'autonomia privata, della libertà gestionale e della libera disponibilità dei beni da parte dell'imprenditore”<sup>563</sup>. Altrimenti, l'offesa, portata nel contesto “dell'impresa in stato pre-fallimentare (...), deve necessariamente tenere conto della situazione precaria dell'impresa e della sua potenziale insolvenza”, conseguendone che “– nello scenario da ultimo delineato – anche iniziative altrimenti legittime possono assumere, per il modo in cui sono attuate, il carattere della illiceità, per i riflessi che hanno sugli interessi del ceto creditorio”<sup>564</sup>.

Dunque, il controllo sulle decisioni imprenditoriali, attuate in condizione di insufficienza della garanzia dei creditori, è reso più rigoroso dal fatto che la giurisprudenza, dopo aver fatto menzione del piano di risanamento attestato (art. 67, comma 3, lett. d), l. fall., ora art. 56 CCII), del concordato preventivo (art. 160 l. fall., ora art. 341 CCII) e degli accordi di ristrutturazione del debito (art. 182-*bis* l. fall., ora art. 57 CCII), richiami tali procedure di risanamento della crisi dell'impresa come elementi necessari per l'effettiva regolarità degli sforzi recuperatori. Segnatamente, “da tali previsioni – certamente influenti sul giudizio di competenza del giudice penale, per il carattere unitario dell'ordinamento giuridico – si trae la conferma che l'imprenditore in stato di crisi non ha più l'ampia libertà riconosciutagli dallo statuto

---

<sup>562</sup> Il riferimento è a Cass. pen., Sez. V, n. 24024/2015, in *CED Rv.* 263943.

<sup>563</sup> *Ibidem.*

<sup>564</sup> *Ibidem.*

dell'impresa, ma, oltre a dover agire con prudenza aggiuntiva, deve, allorché pone in essere tentativi di risoluzione della crisi d'impresa, tenere conto del particolare contesto in cui si sviluppa la sua attività e delle 'opportunità' a lui offerte dall'ordinamento (opportunità che rappresentano altrettanti indici della direzione in cui – secondo il legislatore – è auspicabile si muova)<sup>565</sup>.

Per tale via, mentre in una situazione di crisi le decisioni imprenditoriali vengono necessariamente incanalate in una delle procedure di risanamento per ridurre i rischi di natura penale, non sembra che il ricorso a tale complesso di norme consenta di evitare il controllo giudiziale in sede penale, così da riproporne *ex post* il contenuto sulle decisioni di servirsi o meno di un procedimento di composizione della crisi, piuttosto che di uno liquidatorio, perciò privilegiando il rischio d'impresa rispetto alla salvaguardia della garanzia per i creditori. Un simile controllo, operato anche mediante l'equivalenza tra 'cattiva scelta imprenditoriale' e 'scelta non imprenditoriale', comporterebbe di favorire "decisioni economiche iper-conservative, dirette ad azzerare il rischio d'incriminazione", così che "l'intervento del giudice penale incentiverebbe la fuga verso il fallimento, in contrasto con gli interventi del legislatore, diretti ad indurre gli operatori economici (sia il debitore, che il creditore) a privilegiare proprio soluzioni alternative alla scomparsa dell'impresa"<sup>566</sup>.

---

<sup>565</sup> *Ibidem*.

<sup>566</sup> Sul punto, A. INGRASSIA, *Rischio di impresa e 'rischio penale'. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, 2020, Giappichelli editore, Torino, p. 45.

## Capitolo quarto – Un'introduzione alla responsabilità punitiva degli enti: le intersezioni dell'elemento organizzativo con il rischio-reato

---

**Indice:** § 4.1. Premessa: una comparazione giuridico-filosofica tra uomo ed ente - § 4.2. Il rapporto tra uomo ed ente nel contesto dei modelli di responsabilità - § 4.3. Tipologie di modelli di responsabilità dell'ente - § 4.4. Il rapporto tra le caratteristiche del modello di responsabilità e l'ordinamento giuridico nel suo complesso - § 4.5. Il concetto di organizzazione (tra modello antropomorfo e modello dualistico) e la colpa di organizzazione per minimizzare il rischio-reato (tra cautelare e cautelativo) - § 4.6. Le contraddizioni e le prospettive future della responsabilità degli enti

---

Il concetto di rischio si interseca con alcuni plessi normativi di recente introduzione all'interno dell'ordinamento, tesi ad annullare, o quantomeno ridurre, le possibili occasioni di reato che si manifestano anche nell'attività di enti collettivi, tra cui l'impresa. Il fondamentale passaggio logico-argomentativo in questo senso è dato dalla centralità offerta al concetto di organizzazione, largamente utilizzato nel D.Lgs. n. 231/2001 quale filtro valutativo della responsabilità amministrativa degli enti collettivi. Il suo inserimento nel sistema giuridico italiano ha, infatti, comportato importanti conseguenze sia giuridiche, che socio-culturali, incrinando il principio di diritto sintetizzato dal brocardo *societas delinquere non potest* e riformulando categorie giuridico-penalistiche che tradizionalmente erano state intese per l'individuo<sup>567</sup>.

È, tuttavia, il caso di osservare che il tema della responsabilità degli enti collettivi sussiste da sempre nel pensiero penalistico moderno e, talvolta, anche nelle normative di alcuni sistemi giuridici (segnatamente, in quello canonico)<sup>568</sup>. In breve, è possibile affermare che la visione illuministica del diritto penale, sviluppatasi nel corso dell'Ottocento e imperniata sull'uomo, abbia influenzato la prospettiva dell'inconciliabilità tra ente e responsabilità punitiva<sup>569</sup>, che, se, per un verso, ha incentivato l'evoluzione del diritto penale, per altro verso, ha contribuito anche a creare concetti pressoché assoluti, come quello per cui l'ente non possa rispondere autonomamente di reati, e utopie, come quella che ha individuato nei principi di

---

<sup>567</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 37.

<sup>568</sup> Sul punto, V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, p. 49 ss.; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, p. 35 ss.; G. CHIODI, "Delinquere ut universi". *Scienza giuridica e responsabilità penale delle universitates tra XII e XIII secolo*, in *Studi di Storia del diritto*, vol. III, Milano, 2001, p. 91 ss.

<sup>569</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 38.

legalità e democrazia le garanzie sostanziali avverso l'autoritarismo, poi scavalcata dal costituzionalismo moderno a seguito dei periodi bui del ventesimo secolo<sup>570</sup>.

#### § 4.1. Premessa: una comparazione giuridico-filosofica tra uomo ed ente

Al fine di capire le peculiarità della responsabilità degli enti è necessario operare una comparazione tra uomo ed ente, in un'ottica che abbia riguardo alle caratteristiche di imputazione e responsabilità del diritto punitivo in relazione al secondo termine di paragone. Da un lato, infatti, l'uomo si caratterizza per avere una composizione omogenea e invariabile, tratti personalistici radicati su elementi psico-fisici e motivazionali, e una struttura naturalistico-ontologica; dall'altro, l'ente si struttura in modo dualistico, disomogeneo e variabile, si fonda sull'organizzazione, ed è concepibile in una forma socio-normativa<sup>571</sup>.

In particolare, riguardo alla conformazione, l'uomo risulta strutturalmente omogeneo e unitario<sup>572</sup>. Gli enti, invece, hanno una struttura dualistica, dal momento che i singoli uomini che lo costituiscono si affiancano all'ente in quanto tale, che risulta in una entità diversa<sup>573</sup>. Peraltro, la conformazione dell'ente è suscettibile di essere modificata tramite operazioni come scissioni, unioni, fusioni *et cetera*, e di essere sviluppata tramite la creazione di enti che ne ricomprendono altri, come i gruppi di società<sup>574</sup>.

Per quanto riguarda la rispettiva configurazione, l'uomo possiede tratti personalistici fondati su elementi psico-fisici e motivazionali e consiste nella "realtà naturalistica"<sup>575</sup>, dal momento che, pur essendo l'attività mentale e il procedimento motivazionale praticamente inafferrabili o, comunque, intellegibili solo in via mediata, esse sono elementi reali. Invece, l'ente si fonda sulla nozione di organizzazione, che

---

<sup>570</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 38.

<sup>571</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 38.

<sup>572</sup> Sul punto, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 51 ss., sottolinea "l'unità di esperienza esistenziale (la "storia", appunto) della persona fisica", che vale a distinguere nettamente quest'ultima dall'ente collettivo, ritenendo perciò impossibile una rieducazione del secondo paragonabile a quella della prima.

<sup>573</sup> Ciò che i medievali chiamavano *universitas*. Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 38.

<sup>574</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, pp. 38-39.

<sup>575</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 39.

consiste allo stesso modo di elementi reali, ma con caratteristiche socio-normative, in una prospettiva che riguarda le relazioni tra plurimi individui e si regge sulla loro disciplina. L'elemento organizzativo, infatti, consta della "distribuzione di compiti a più soggetti", comportando l'esistenza di una "dimensione normativa e regolatrice", e mentre, per un verso, esso costituisce un piano dell'ente sempre percepibile esternamente sia, normativamente, in astratto, che, individualmente, in concreto; per altro verso, sussistono diversi livelli organizzativi, tra cui un primo livello, che concerne le attività dell'ente (c.d. organizzazione dell'attività), e un secondo livello, che ha riguardo all'organizzazione dell'organizzazione e si distingue ulteriormente in organizzazione che è collegata con l'attività organizzata (c.d. organizzazione dell'attività organizzata) e organizzazione che, invece, si riferisce alla vera e propria organizzazione (organizzazione dell'organizzazione, o meta-organizzazione)<sup>576</sup>.

Infine, mentre il concetto di uomo consiste di uno spessore naturalistico, tendendo ad essere inteso in senso ontologico-universale e, quindi, assoluto, quello di ente, possedendo tratti dualistici e consistendo di un elemento organizzativo che si estrinseca socio-normativamente, è concepibile secondo giudizi relativi, potendo essere inteso alternativamente dando rilievo o all'ente in quanto tale, senza avere considerazione degli individui che lo costituiscono, oppure sia all'ente, che a chi ne fa parte, valorizzando la relazione socio-giuridica tra queste due componenti<sup>577</sup>.

#### **§ 4.2. Il rapporto tra uomo ed ente nel contesto dei modelli di responsabilità**

Le caratteristiche dell'ente (tratti dualistici, fondamento organizzativo socio-normativo, concepibilità relativa) si riflettono anche sulla conformazione del diritto punitivo. Mentre nel diritto punitivo della persona, infatti, l'individuo è posto al centro dell'azione penale, il principio di personalità della responsabilità punitiva fonda l'ascrivibilità ontologica e psico-motivazionale del fatto tipico ad un individuo, e vige una predeterminabilità assoluta, nel diritto punitivo dell'ente esiste un doppio destinatario dell'azione penale, il principio di personalità della responsabilità punitiva è visto come riconducibilità del fatto tipico all'organizzazione, e vi è una

---

<sup>576</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 39.

<sup>577</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 39-40.

predeterminabilità soltanto relativa, modulata diversamente in relazione al diverso concetto di ente<sup>578</sup>.

In particolare, per ciò che concerne i destinatari dell'azione penale, nel diritto penale dell'individuo, anche nel caso del concorso di persone nel reato e della disciplina speciale delle organizzazioni criminali, il centro di imputazione è unitario e consiste nella persona fisica, mentre nel diritto penale dell'ente esso è doppio e consiste sia nelle persone fisiche che fanno parte dell'organizzazione, che nell'ente in quanto tale<sup>579</sup>.

Riguardo al principio di personalità della responsabilità penale, dal momento che l'uomo possiede tratti personalistici fondati su elementi psico-fisici e motivazionali, nel diritto penale dell'individuo la responsabilità è costruita su elementi quali la condotta tipica, la causalità ove vi sia un evento e il coefficiente soggettivo, mentre, poiché l'ente ha una consistenza puramente organizzativa, nel diritto penale dell'ente viene valorizzato l'elemento organizzativo, che si estrinseca in un difetto di organizzazione che ha condotto al reato<sup>580</sup>.

Inoltre, mentre, per via del fatto che il concetto di uomo consiste di uno spessore naturalistico, tendendo ad essere inteso in senso ontologico-universale e, quindi, assoluto, il diritto punitivo dell'individuo si struttura in modo universalistico e si riferisce a concetti reali e naturalmente esistenti, il diritto punitivo dell'ente cambia in base alle modalità con cui l'ente è concepito, ossia alla valorizzazione delle persone fisiche che lo compongono, così dando rilievo al singolo individuo, o dell'ente in quanto tale, in tal modo riferendosi all'elemento organizzativo, oppure, infine, di entrambi<sup>581</sup>.

---

<sup>578</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 40.

<sup>579</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 40.

<sup>580</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 40.

<sup>581</sup> Sui modelli di responsabilità dell'ente e sulla dipendenza di questi dalla concezione di ente da cui si muove, si veda C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e individuale*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2018, p. 175 ss.; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, p. 104 ss.; R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231"*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, p. 13 ss.

### § 4.3. Tipologie di modelli di responsabilità dell'ente

In base a queste ultime considerazioni, è possibile affermare che la punibilità dell'ente è declinabile secondo tre approcci, il primo dei quali risulta quale “antropocentrico”, dando rilevanza all'individuo; il secondo come “antropomorfico”, assumendo al centro dell'analisi l'ente in quanto tale; mentre il terzo come “dualistico”, offrendo una prospettiva punitiva sia sull'individuo, che sull'ente<sup>582</sup>. Si tratta di tre direttrici di analisi che offrono descrizioni diverse del fenomeno giuridico e si distinguono alternativamente per la rilevanza dell'elemento personale o di quello organizzativo nell'indagine penalistica e per gli effetti portati sulla *ratio puniendi* e sulla teoria generale del reato<sup>583</sup>.

In particolare, il modello antropocentrico dà rilievo all'individuo<sup>584</sup> e la punibilità dell'ente ha, invece, l'obiettivo di disincentivare il possibile rapporto funzionale che si viene a creare tra quest'ultimo e la persona fisica che commetta delitti e contravvenzioni a suo vantaggio<sup>585</sup>. La responsabilità penale ricade sulla persona fisica e, cumulativamente, la punibilità dell'ente si rivela necessaria per interrompere il nesso teleologico che collega questi due soggetti<sup>586</sup>. A livello punitivo, infatti, ciò che si vuole evitare è l'arricchimento dell'ente ad opera della persona fisica che ne fa parte, nonché l'esistenza di meccanismi che, corrispondentemente, incentivino la difesa del soggetto che realizzi reati a proprio vantaggio, così che all'ente non interessi più proteggere la persona fisica<sup>587</sup>. Secondo questa prospettiva, assume rilevanza la capacità di elidere tali vantaggi, conseguentemente la punizione aggredisce la “dimensione patrimoniale dell'ente, primariamente attraverso la confisca, ma anche

---

<sup>582</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 41.

<sup>583</sup> Sul punto, R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta ... o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul “sistema 231”*, in *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-20; anche in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un Consuntivo critico*, Padova, Padova University Press, 2016, pp. 13-34;

<sup>584</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 41.

<sup>585</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 42.

<sup>586</sup> È la logica tradizionale e persistente dei sistemi di *common law* e in particolare di quello statunitense: sul punto J. ARLEN, *L'applicazione della legge penal-societaria negli Stati Uniti: l'uso delle transazioni per trasformare imprese potenzialmente criminali in tutori dell'ordine*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2018, p. 1 ss.; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 251 ss.; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 19 ss.

<sup>587</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 42.

con pene pecuniarie destinate a incidere sui bilanci” e, sul piano della teoria generale del reato, “tutti gli elementi costitutivi che riguardano la persona fisica vengono trasferiti all’ente”<sup>588</sup>. Al riguardo è possibile osservare che si tratta di un rapporto di immedesimazione organica e risultano necessari sia l’appartenenza all’ente, sia l’azione del singolo a suo vantaggio, con la conseguenza che si può affermare che la responsabilità dell’ente è correlata alla responsabilità della persona fisica<sup>589</sup>.

La prospettiva antropomorfa dà rilievo all’ente in quanto tale<sup>590</sup>. Innanzitutto, la diretta punibilità dell’ente ha come presupposto che chi può essere punito sia l’ente stesso, assieme alla persona fisica a questo appartenente, e la sua responsabilità sia indipendente rispetto a quella individuale<sup>591</sup>. L’ente, infatti, può giocare un ruolo di grande importanza negli eventi criminosi e può sostituirsi anche alla persona fisica apicale o subordinata, governando le dinamiche di questi ultimi. A tal riguardo, si può pensare alla frammentazione organizzativa e temporale delle condotte tipiche di reato ad opera di più persone fisiche, per rappresentare un esempio utile alla spiegazione<sup>592</sup>. In questo modello punitivo, la punibilità dell’ente è riconosciuta per “esigenze retributive e di prevenzione generale”<sup>593</sup>, dunque, per un verso, per responsabilizzarlo per il suo operato e, per l’altro, evitare che altri enti siano incentivati a comportarsi nello stesso modo<sup>594</sup>. L’afflittività della sanzione si estrinseca principalmente nell’interdizione dell’attività dell’ente e, sul piano della teoria generale, si configura un reato proprio dell’ente, caratterizzato da una condotta (il c.d. difetto organizzativo) e una condizione obiettiva di punibilità (il reato commesso dall’individuo). Peraltro, in tal modo, la responsabilità dell’ente prescinde sia da qualsiasi accertamento della responsabilità della persona fisica, sia, conseguentemente, da qualsiasi vicenda

---

<sup>588</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 42.

<sup>589</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 43.

<sup>590</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 43.

<sup>591</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 43.

<sup>592</sup> È la concezione più innovativa, definita anche “olistica”: sul punto per tutti G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 24 ss.; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, p. 159 ss.; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, p. 123 ss.

<sup>593</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 43.

<sup>594</sup> Sul punto anche AA.VV., *Funzioni punitive e funzioni ripristinatorie. Combinazioni e contaminazioni tra sistemi*, a cura di D. BIANCHI e M. RIZZUTI, Giappichelli editore, 2020, pp. 23-40 e 111-124.

punitiva concernente l'individuo, interrompendosi così la relazione tra queste due componenti<sup>595</sup>.

Nella concezione dualistica viene dato rilievo sia alla persona fisica, che all'ente ed è valorizzato il relativo rapporto teleologico di appartenenza<sup>596</sup>. Si propende, cioè, per una responsabilizzazione dell'ente per incentivare un'organizzazione adeguata e idonea a escludere o ridurre il rischio di commissione di reati ad opera dei singoli individui<sup>597</sup>. A livello sanzionatorio, risulta centrale la funzione rieducativa della pena, dal momento che la punibilità dell'ente ha lo scopo di creare meccanismi che orientino alla legalità e prevengano la criminalità al suo interno, così che la funzione retributiva passa in secondo piano<sup>598</sup>. Riguardo alla teoria generale, dal momento che in questo modello l'ente collabora alla consumazione del reato realizzato dall'individuo mediante una carenza organizzativa sul piano della gestione del rischio-reato, è possibile parlare di un concorso di persone atipico, così da inquadrare il reato come risultato delle azioni e omissioni di entrambi<sup>599</sup>. Sul piano della relazione tra responsabilità individuale e responsabilità dell'ente, restando l'individuo il soggetto centrale, si pongono gli interrogativi sia sul se sia necessario anche un accertamento della responsabilità della persona fisica, che sul se determinati plessi di norme, quali quelli della prescrizione del reato, della messa alla prova, della sospensione condizionale, *et cetera*, siano in grado di influenzare la sua punibilità<sup>600</sup>.

---

<sup>595</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 43.

<sup>596</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 44.

<sup>597</sup> È la concezione intermedia che sembra aver trovato spazio nel D.Lgs. n. 231/2001. Sul punto, G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012, p. 155 ss.; C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e individuale*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2018, p. 196 ss.; V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, p. 159 ss.

<sup>598</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 44.

<sup>599</sup> Sul punto, C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003, p. 17 ss.; ID., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e individuale*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2018, p. 196 ss.

<sup>600</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 44.

#### § 4.4. Il rapporto tra le caratteristiche del modello di responsabilità e l'ordinamento giuridico nel suo complesso

Dal momento che il tipo di modello di responsabilità è collegato al contesto socio-economico in cui l'ente è inserito e alle sue peculiarità, più l'elemento personale prevale su quello organizzativo, più è ragionevole adottare una prospettiva di responsabilità incentrata sull'individuo; tuttavia, alla preponderanza dell'elemento spersonalizzato e complesso dell'organizzazione consegue alternativamente un modello che valorizzi quest'ultima, piuttosto che la persona fisica<sup>601</sup>. Le caratteristiche del modello sono, peraltro, collegate alla diversa tipologia di criminalità, in particolare nel contesto di quella dolosa e quella colposa. Rispetto alla prima, sono funzionali i modelli antropocentrico e dualistico, in quanto, nella prospettiva antropocentrica, il coefficiente doloso del singolo individuo si combina con il vantaggio dell'ente, mentre, in quella dualistica, l'elemento organizzativo è orientato a prevenire la criminalità dolosa; con riguardo alla seconda, i modelli incentrati sull'organizzazione, cioè l'antropomorfo e il dualistico, sono particolarmente efficaci, pur imponendo una riflessione circa la differenza tra i concetti di rischio dell'attività e rischio-reato<sup>602</sup>.

A livello sistematico, inoltre, negli ordinamenti più attenti alla prassi è percepibile la tendenza a basarsi sull'immedesimazione. In questa prospettiva, esemplificativamente, è possibile osservare come “nella cultura penalistica nordamericana la grande attenzione dedicata ai modelli organizzativi non sia diretta all'imputazione, che spesso è risolta con i meccanismi della immedesimazione, ma operi in seconda battuta, e non solo e non tanto in sede di commisurazione, quanto piuttosto nell'ambito degli accordi tra accusa e difesa, consentendo così nella sostanza un controllo e un'ingerenza pubblici sull'organizzazione degli enti”<sup>603</sup>. Negli ordinamenti più formalisti si pone maggiormente, invece, la questione della

---

<sup>601</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 45.

<sup>602</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 45.

<sup>603</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 45, che richiama sul punto J. ARLEN, *L'applicazione della legge penal-societaria negli Stati Uniti: l'uso delle transazioni per trasformare imprese potenzialmente criminali in tutori dell'ordine*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2018, p. 3 ss.; C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 80 ss.; F. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, Torino, 2020, p. 159 ss.

preponderanza dell'elemento organizzativo su quello personale e, in particolare, della rilevanza del difetto organizzativo<sup>604</sup>.

#### **§ 4.5. Il concetto di organizzazione (tra modello antropomorfo e modello dualistico) e la colpa di organizzazione per minimizzare il rischio-reato (tra cautelare e cautelativo)**

Si può osservare, quindi, che, mentre nel modello antropocentrico non si dà rilievo all'elemento organizzativo, nei tipi antropomorfo e dualistico l'organizzazione ricopre un ruolo dogmatico essenziale<sup>605</sup>.

Il primo termine da prendere in considerazione, infatti, è quello della c.d. colpa di organizzazione, ovvero della responsabilità fondata sulla mancata adozione o attuazione di un modello organizzativo. Va, infatti, innanzitutto chiarito che la negligenza organizzativa non riguarda l'inosservanza di norme preventive volte a limitare lo svolgimento delle attività ed escludere il rischio di eventi nefasti, in quanto, essendo orientata a prevenirli e collegata alla capacità dell'ente di realizzarli, essa consiste nella colpa delle persone fisiche che ne fanno parte e commettono gli atti in concreto<sup>606</sup>. Nel modello antropocentrico, invece, è configurabile un ribaltamento della colpa dell'individuo, segnatamente apicale, sull'ente, vista la coesistenza di regole cautelari volte a ridurre i rischi relativi all'attività dell'ente (regole cautelari dei subordinati) e normative preventive di tipo organizzativo (regole cautelari degli apicali)<sup>607</sup>. In altre parole, nelle organizzazioni più complesse, le regole cautelari dirette a contenere il rischio di evento insito in una determinata attività si possono distinguere in “quelle che riguardano direttamente l'attività produttiva dell'ente” e quelle che, invece, ne costituiscono “l'organizzazione, a supporto di tale attività”<sup>608</sup>.

---

<sup>604</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 45.

<sup>605</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 46.

<sup>606</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 46.

<sup>607</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 46.

<sup>608</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 46, che riprende C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e individuale*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2018, p. 204 ss., il quale distingue tra regole cautelari “di primo grado” e regole cautelari “di secondo grado”. La distinzione è ripresa anche da D. BIANCHI, *Gestione del rischio clinico e responsabilità penale dell'ente sanitario e dei suoi vertici*, in *Riv. It. med. Leg.*, 2020, p. 24, che parla di “regole operative” e “regole organizzative”.

La colpa di organizzazione si differenzia, perciò, per il fatto che i modelli organizzativi non sono diretti a diminuire il rischio di verificazione dell'evento, ma a diminuire il rischio di verificazione dei reati e, quindi, di realizzazione di condotte illecite.

Il rilievo sembra dirimente ai fini dell'indagine, in quanto, in primo luogo, i modelli, che abbiano come obiettivo quella di controllare il rischio nel contesto organizzativo, risultano intrinsecamente meno efficaci, in particolare di fronte alla criminalità dolosa. Una cosa è, infatti, stabilire regole basate sull'evidenza scientifica per ridurre il rischio che si verifichino eventi offensivi correlati all'attività organizzata ad opera della persona fisica, un'altra cosa stabilire regole organizzative di natura ascientifica per ridurre il rischio di atti criminali di apicali e subordinati<sup>609</sup>. In sostanza, con riguardo alla condotta del singolo, se, per un verso, è possibile individuare i tipici indici colposi della prevedibilità ed evitabilità dell'evento nella responsabilità della persona fisica, per altro verso questi criteri subiscono un adattamento al contesto nella responsabilità degli enti; con riguardo al contegno organizzativo dell'ente, infatti, l'organizzazione dell'organizzazione non può essere considerata quale fonte di rischio di eventi offensivi, dal momento che essa è tesa a "organizzare la stessa organizzazione dell'ente"<sup>610</sup>. Peraltro, anche il rapporto che intercorre tra le regole orientate a neutralizzare il rischio-reato e il reato stesso ha rilevanza ai fini dell'indagine in quanto il concetto della riconducibilità di un determinato reato alla colpa di organizzazione sembra fondarsi su un argomento essenzialmente antropomorfo. Ci sono, infatti, due differenti concezioni della negligenza organizzativa che se, per un verso, tendono entrambe a rapportarla alla riduzione del rischio-reato e si radicano sull'inosservanza di norme, per altro verso, si fondano su differenti modalità di accertamento. La prima viene strutturata similmente alla colpa d'evento, potendosi parlare di "concezione cautelare della colpa di organizzazione", in cui i modelli organizzativi sono intrinsecamente comportamentali e orientati a prevenire il rischio di reato e il paradigma accertativo della colpa di organizzazione si basa sui criteri della colpa per la causazione dell'evento; la seconda ruota attorno alla "concezione cautelativa della

---

<sup>609</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 46, che riprende C. PIERGALLINI, *Note in tema di prevenzione del rischio-corruzione nel contesto societario*, in *Legislazione penale*, 16 febbraio 2021, p. 2: "specie con riguardo al contenimento del rischio di commissione dei reati dolosi, le cautele (prevalentemente autonormate) esplicano di rado una funzione impeditiva. (...) Esse assumono una funzione prevalentemente 'frappositiva', volta a rendere disagevole la consumazione del reato, incidendo sulle condotte prodromiche al suo avveramento".

<sup>610</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 47.

colpa di organizzazione” e si fonda sulla responsabilità per disorganizzazione<sup>611</sup>. In base alla colpa di organizzazione cautelare, è possibile per il decidente controllare sia se il modello organizzativo è stato attuato e adottato o meno, sia se la sua mancanza risponde alla successione logica tipica del reato colposo di evento (determinazione della regola cautelare che non è stata osservata, riformulazione del nesso di condizionamento, verifica in concreto del potere di diminuzione del rischio da parte del modello; accertamento del livello di esigibilità della condotta alternativa): in questa concezione, dunque, il reato è una “sorta di evento elemento costitutivo”<sup>612</sup>. Alternativamente, nella colpa di organizzazione cautelativa, il controllo dell’organo giudicante risulta meno strutturato, anche dato che diviene estremamente difficile individuare una lacuna organizzativa specifica rispetto alla realizzazione di reati<sup>613</sup>. La colpa di organizzazione cautelativa esclude un giudizio di adeguatezza dell’“organizzazione alternativa lecita” ed impone una valutazione sul grado di organizzazione dell’ente, che, se mancante totalmente o parzialmente, comporta una forma di responsabilità o la pretesa a riorganizzarsi: in questa ottica, il reato non risulta quale elemento costitutivo, ma, in piena coerenza, “come una condizione obiettiva di punibilità”<sup>614</sup>. In base a tali premesse, è possibile affermare che la colpa di organizzazione cautelare ha riguardo ai fatti passati e al contributo che la condotta serbata dall’ente ha apportato alla realizzazione del reato, mentre la colpa organizzativa cautelativa considera i fatti futuri ed ha ad oggetto la responsabilità non per il reato in quanto tale, ma per disorganizzazione o mancata riorganizzazione dell’ente<sup>615</sup>.

In secondo luogo, valorizzando la colpa di organizzazione e la negligenza organizzativa, la scelta tra sistemi sanzionatori è tra uno “reattivo”, finalizzato a far

---

<sup>611</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 47.

<sup>612</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 47, che richiama C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e individuale*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2018, p. 188 ss. Nella stessa prospettiva G. FIDELBO, *La valorizzazione del giudice penale sull’idoneità del modello organizzativo*, in *Le società, Gli speciali*, 2011, p. 55 ss.

<sup>613</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 48.

<sup>614</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 48, che richiama F. MUCCIARELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in C. PARODI (diretto da), *Diritto penale dell’impresa*, vol. II, Milano, 2017, 59 ss.

<sup>615</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 48.

rispondere l'ente del reato realizzato, e uno "non solo reattivo, ma anche e ancor prima premiale", che è funzionale a incentivare la riorganizzazione in senso conforme a legalità<sup>616</sup>. Il carattere di reattività viene in rilievo quando la responsabilità dell'ente viene prevista in ragione del reato commesso al proprio interno, in una sorta di concorso alla causazione dell'evento-reato, e in ragione del fatto che la sua punibilità è teleologicamente orientata a farlo rispondere del proprio difetto organizzativo; nel sistema reattivo e premiale si ha riguardo ai rischi che l'attività organizzativa presenta per il futuro e si adotta un'ottica preventiva<sup>617</sup>. Dal momento che il reato è direttamente collegato alla disorganizzazione dell'ente soltanto in assenza o inattuazione dei modelli organizzativi e, invece, non lo è quando si parla di una semplice lacuna organizzativa, in presenza di quest'ultima l'evento offensivo diventa il momento di verifica dell'organizzazione dell'ente e sorge la pretesa pubblica alla riorganizzazione secondo legalità: se la riorganizzazione avviene entro i tempi e i modi previsti per legge, l'ente non è più punibile, mentre lo sarà in caso di mancata osservanza dell'obbligo di riorganizzarsi<sup>618</sup>. I tipi di colpa organizzativa (cautelare e cautelativa) si combinano, dunque, con i modelli di sistema sanzionatorio (reattivo o premiale-reattivo): da un lato, mentre nei sistemi reattivi prevale la concezione cautelare, in quelli reattivo-premiali gioca un ruolo preponderante quella cautelativa; dall'altro e conseguentemente, se viene adottata la concezione cautelare, la responsabilità sarà rivolta ai fatti passati e sarà ribaltata sull'ente, mentre, se viene adottata quella cautelativa, la prospettiva di punibilità si collega alla disorganizzazione e all'eventuale successiva mancata riorganizzazione<sup>619</sup>. Nella colpa organizzativa cautelativa, infatti, si crea un modello di responsabilità aperto al dialogo tra l'ente e la pretesa pubblica di riorganizzazione, in un rapporto di premialità per cui, in presenza o in assenza della sua riorganizzazione, si avrà o meno punizione e le alternative di responsabilità si fondano sulla totale disorganizzazione (che fonda una punibilità diretta in presenza di

---

<sup>616</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 48, che richiama sul punto C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 535 ss.

<sup>617</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 49.

<sup>618</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 49.

<sup>619</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 49.

totale assenza o inattuazione dei modelli organizzativi) o sulla difettosa organizzazione (per cui assume rilievo la mancata riorganizzazione)<sup>620</sup>.

In terzo luogo, per ciò che riguarda la relazione tra responsabilità dell'uomo e dell'ente, mentre nel modello antropomorfo è possibile prescindere dall'individuo e dalla sua responsabilità, in quello dualistico intercorre un rapporto funzionale tra la persona fisica e l'ente, che comporta un ruolo maggiormente significativo per la prima sia a livello di concreto accertamento della responsabilità in capo a uno dei due soggetti, che a livello di applicabilità di determinati istituti all'ente (come, per esempio, le cause di estinzione del reato della riparazione del danno e della prescrizione)<sup>621</sup>.

#### **§ 4.6. Le contraddizioni e le prospettive future della responsabilità degli enti**

In base alle considerazioni finora svolte, è possibile dunque affermare che nel contesto del D.Lgs. n. 231/2001 sussista una discrasia, o asimmetria, tra i criteri imputativi di responsabilità, che agli artt. 5-8 rispondono sia a logiche

---

<sup>620</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 50.

<sup>621</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 51, che si riferisce a C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 540 ss. e richiama l'ipotesi in cui una riparazione del danno da parte della persona fisica possa estinguere il reato e in cui è possibile chiedersi se l'effetto estintivo si estende anche all'ente. In realtà, "molto dipende dalla *ratio* della singola causa estintiva che viene in gioco", dal momento che l'istituto della prescrizione muta a seconda che il soggetto ritenuto responsabile sia la persona fisica oppure l'ente. Se, infatti, con riguardo alla persona fisica, "il decorso del tempo può determinare un allentamento del legame che intercorre tra il singolo individuo e il reato", con riguardo all'ente "il legame che intercorre tra l'ente e il reato finisce per andare al di là di quello della persona fisica, in ragione del fatto che, mentre le persone fisiche che appartengono all'ente passano, l'ente invece permane". Sul punto, G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, p. 256, ritiene "tutt'altro che irragionevole una valutazione politico-legislativa del legislatore ordinario intesa a riconoscere all'interesse punitivo nei confronti della persona giuridica una diversa, e nella specie maggiore, resistenza al trascorrere del tempo". Diversamente, vi sono istituti, come ad esempio le condotte riparatorie previste per alcuni reati di parte speciale (come per i reati tributari), che hanno una *ratio* fortemente oggettiva e compensativa, per cui non si vedono ragioni per escludere l'operatività anche nei confronti dell'ente, anche perché è spesso proprio l'ente che realizza effettivamente quelle condotte al posto della persona fisica. Secondo F. GIUNTA, *L'ente non punibile. Prendendo spunto dall'evasione fiscale riparata*, in *Discrimen*, 5 ottobre 2020, p. 5, infatti, "le cause di non punibilità oggettive, che attengono alle modalità della condotta e al piano dell'offesa, (...) non possono non operare nei confronti dell'ente". Infine, vi sono istituti in cui invece "il coinvolgimento della persona fisica è così significativo, che non avrebbe senso ribaltare la loro operatività sull'ente, mentre sarebbe possibile e auspicabile prevedere una disciplina che possa riconfigurare l'istituto calibrandolo sulle specifiche esigenze dell'ente", con ciò riferendosi all'istituto della messa alla prova, rispetto al quale "non avrebbe senso una estinzione della responsabilità dell'ente là dove sia stata la persona fisica a compiere la prova, mentre si potrebbe pensare a una messa alla prova specificamente prevista per l'ente, incrementando così ulteriormente il momento del dialogo tra ente e Stato in una prospettiva cautelativa e premiale". Sul punto anche G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un itinerario possibile*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2016, 3 ss.

antropocentriche, che dualistiche, e il sistema sanzionatorio prescelto, che risponde ad una concezione reattivo-premiale.

Infatti, l'art. 5, che regola il criterio di imputazione oggettiva, si adatta alla tipologia antropocentrica non solo per la relazione organizzativa che deve sussistere tra individuo ed ente, ma anche per il rapporto teleologico tra questi esistente in termini di interesse o vantaggio dell'ente<sup>622</sup>: in sostanza, mentre nel modello antropocentrico è necessaria una relazione teleologica tra il reato commesso dall'individuo e l'ente, nelle altre concezioni che danno rilievo alla colpa organizzativa (antropomorfica e dualistica) non è indispensabile un legame che corrisponda al vantaggio o all'interesse per l'ente<sup>623</sup>. Per quanto riguarda gli artt. 6 e 7, che disciplinano l'imputazione soggettiva, invece, la concezione prescelta sembra essere quella dualistica, anche dato che viene dato rilievo alla lacuna organizzativa e, con essa, alla colpa di organizzazione<sup>624</sup>. E, infatti, l'art. 6, che disciplina la responsabilità da reato realizzato da soggetto apicale, dà rilievo all'individuo in termini diversi, un po' in quanto "la disciplina è costruita più come scusante che come un vero e proprio criterio di imputazione", un po' per via dell'inversione probatoria adoperata, un po', infine, in quanto è necessaria la fraudolenta elusione dei modelli organizzativi ad opera del soggetto individuale perché operi il criterio dell'immedesimazione per l'ente<sup>625</sup>. Per ciò che riguarda l'art. 7, invece, che disciplina la responsabilità dell'ente per il reato realizzato da soggetti subordinati, la violazione dei doveri di organizzazione su cui si fonda la colpa organizzativa (concezione cautelare della colpa organizzativa) può essere evitata tramite la corretta adozione e attuazione dei modelli organizzativi (concezione cautelativa della colpa organizzativa)<sup>626</sup>. In giurisprudenza, tuttavia, è

---

<sup>622</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 52, che, per una ricostruzione complessiva delle problematiche relative all'art. 5, rimanda a R. BARTOLI, *Il criterio di imputazione oggettiva*, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, 2020.

<sup>623</sup> Ciò è tanto vero che, sul piano della prassi, si è assistito a un'evoluzione ermeneutica di progressiva oggettivizzazione del legame funzionale, che è coinciso con la progressiva valorizzazione della colpa di organizzazione. Sul punto, infatti, si vedano Cass. pen., Sez. IV, n. 49775/2019, in *Guida al diritto*, 2020, 9, p. 86 ss.; Cass. pen., Sez. IV, n. 43656/2019, in *Diritto & Giustizia*, 2019, 29 ottobre 2019; Cass. pen., Sez. VI, n. 29538/2019, in *CED Cass. pen.*, 2019; Cass. pen., Sez. IV, n. 16598/2019, in *CED Cass. pen.*, 2019; Cass. pen., Sez. IV, n. 38363/2018, in *Cass. pen.*, 2019, 7, p. 2694 ss.

<sup>624</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 52-53.

<sup>625</sup> Ciò è anche perché chi ha eluso fraudolentemente i modelli è più probabile che abbia agito nel proprio esclusivo interesse che nell'interesse dell'ente: sul requisito dell'elusione fraudolenta, si veda A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013.

<sup>626</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 53.

possibile notare che all'elemento del difetto organizzativo sia stata data rilevanza anche nel caso di reati commessi da soggetti apicali<sup>627</sup> e la tendenza, in particolare nella criminalità colposa, sia quella di riflettere la colpa d'evento della persona fisica sull'ente e di individuare in questo frammento di responsabilità la colpa di organizzazione<sup>628</sup>. Nella prassi, infatti, la colpa di organizzazione per il reato è concepita in termini cautelari, così rendendo necessario un accertamento sostanzialmente simile a quello della colpa d'evento (determinazione della disposizione infranta, nesso di condizionamento colposo, idoneità ed esigibilità della condotta alternativa lecita, esigibilità del comportamento dovuto)<sup>629</sup>. Tale concezione della colpa è, dunque, compatibile con un sistema sanzionatorio di tipo reattivo, ma il sistema del D.Lgs. n. 231/2001 adotta un criterio reattivo-premiale, combinandosi a livello sistematico, perciò, con un modello cautelativo di colpa di organizzazione<sup>630</sup>. Peraltro, nella concezione dualistica, assume un ruolo di rilievo anche l'art. 8, che rappresenta la norma tramite cui la relazione tra la responsabilità dell'individuo e dell'ente si estrinseca più visibilmente, dato che, al contrario dell'art. 5 per quanto riguarda i criteri di imputazione oggettiva, e degli artt. 6 e 7 per ciò che concerne i reati commessi da apicali e subordinati, la disposizione in parola non impone la necessaria determinazione dell'individuo autore del reato, mantenendo tratti di autonomia rispetto alla responsabilità individuale<sup>631</sup>.

L'asimmetria risiede allora nel sistema sanzionatorio adottato nella disciplina della responsabilità degli enti, per cui, mentre la pena pecuniaria per quote corrisponde ad un modello reattivo puro, le sanzioni interdittive rispondono ad un modello reattivo-premiale, così che, se la riorganizzazione dell'ente interviene in tempo, all'ente non

---

<sup>627</sup> Sul punto, Cass. pen., Sez. Un., n. 38343/2014, in *CED Cass. pen.*, 2015.

<sup>628</sup> Sul punto, Cass. pen., Sez. IV, n. 29585/2020, in *Italggiure Web*; Cass. pen., Sez. IV, n. 13575/2020, *ivi*.

<sup>629</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 53.

<sup>630</sup> Ecco allora che sono da apprezzare quelle sentenze che hanno iniziato a valorizzare la colpa di organizzazione in termini cautelativi. Sul punto, Cass. pen., Sez. IV, n. 3731/2020, in *Italggiure Web*; Cass. pen., Sez. IV, n. 43656/2019, in *Diritto & Giustizia* 2019, 29 ottobre 2019; Cass. pen., Sez. IV, n. 29538/2019, in *Guida al diritto* 2019, 38, p. 104 ss.

<sup>631</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 53-54. Vero è che, nella prassi, la giurisprudenza ha tentato letture antropomorfe mediante un'interpretazione estensiva dell'art. 8, diretta a prescindere non solo dalla identificazione, ma anche dalla stessa individuazione della persona fisica (Cass. pen., Sez. V, n. 20060/2013, in *Guida al diritto*, 2013, 25, p. 78 ss.), tentativi però fermati dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. pen., Sez. VI, n. 28210/2020, in *Italggiure Web*; Cass. pen., n. 28299/2015, in *CED Cass. pen.*, 2016). Sul punto anche F. D'ARCANGELO, *La responsabilità dell'ente per reato commesso da autore ignoto*, in *La resp. Amm. Soc. enti*, 2017, p. 21 ss.

saranno applicate sanzioni; se, invece, non interviene, o non lo fa rispettando i tempi pattuiti, esse gli saranno applicate<sup>632</sup>. E, infatti, dal complesso normativo del D.Lgs. n. 231/2001 emerge una concezione cautelativa della colpa di organizzazione, mentre la giurisprudenza tende verso una ricostruzione alla stregua di colpa di evento e la dottrina secondo una concezione cautelare della colpa organizzativa.

Secondo alcuni autori, perciò, sarebbe necessaria una riforma della disciplina della responsabilità degli enti<sup>633</sup>. E ciò non tanto nella direzione di un irrigidimento del sistema nel senso di un'automatica esclusione della responsabilità in corrispondenza di una corretta adozione e attuazione dei modelli organizzativi in favore di una maggiore certezza per le imprese (cosa che, infatti, porterebbe allo stesso risultato anche in presenza di meri modelli precompilati), bensì nel cambiamento e nella sistematizzazione della disciplina imputativa e dei corrispondenti modelli sanzionatori adottati<sup>634</sup>. Per quanto riguarda i criteri di imputazione, in primo luogo, potrebbe essere eliminato il nesso teleologico-funzionale previsto dall'art. 5, che nella prassi giurisprudenziale ha già trovato scarsa applicazione, soprattutto in tema di criminalità colposa; in secondo luogo, potrebbe essere superato il distinguo tra apicali e subordinati per quanto riguarda i criteri di imputazione soggettiva, sostituendoli con un'unica forma di responsabilità dell'ente per lacuna organizzativa; ulteriormente, l'art. 8 potrebbe essere riformulato in una prospettiva di subordinazione tra non

---

<sup>632</sup> Unitamente alla riorganizzazione mediante adozione *post factum* del modello organizzativo sono elementi necessari anche la riparazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, il risarcimento del danno e la messa a disposizione del profitto ai fini della confisca (AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 54). Sotto quest'ultimo profilo, le norme chiave sono offerte dall'art. 17, per cui le sanzioni interdittive non si applicano quando, prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'azione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; dall'art. 49, relativo alla sospensione delle misure cautelari, per cui le misure cautelari possono essere sospese se l'ente chiede di poter realizzare gli adempimenti cui la legge condiziona l'esclusione delle sanzioni interdittive a norma dell'art. 17; dall'art. 78, che disciplina la conversione delle sanzioni interdittive, per cui l'ente, che ha posto in essere tardivamente le condotte di cui all'art. 17, entro venti giorni dalla notifica dell'estratto della sentenza può richiedere la conversione della sanzione amministrativa interdittiva in pena pecuniaria.

<sup>633</sup> Sul punto, F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016; D. PIVA, *Presunzioni di colpa e onere della prova dell'ente: ragioni e spunti per una riforma dell'art. 6 d.lgs. 231/2001*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 4/2018, p. 159 ss.

<sup>634</sup> Vero è che una maggiore determinatezza agevolerebbe i compiti di accertamento anche del difetto organizzativo in una prospettiva cautelativa, ma ciò non sarebbe sufficiente secondo la prospettiva offerta in AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 55. Per una valorizzazione della positivizzazione dei protocolli cautelari orientati sulle *best practices*, si veda invece C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001)*, parte II, in *Cass. pen.*, 2013, p. 865 ss.

punibilità individuale e non punibilità dell'ente e di conseguente riadattamento sull'ente degli istituti di non punibilità previsti per la persona fisica<sup>635</sup>. Per ciò che concerne il sistema sanzionatorio, sarebbe prima di tutto necessario operare un distinguo tra le ipotesi di mancata adozione e mancata attuazione dei modelli organizzativi, per la cui sola seconda opzione risulterebbe opportuno un sistema premiale; poi, la messa alla prova potrebbe essere adattata anche alle caratteristiche dell'ente; infine, la concezione cautelativa della colpa di organizzazione che ha spazio nella disciplina del D.Lgs. n. 231/2001 dovrebbe trovare riscontro in un sistema sanzionatorio di tipo reattivo-premiale, essendo dunque "il reato (...) l'occasione per verificare l'assetto organizzativo in termini di legalità"<sup>636</sup>. Per un verso, perciò, la prospettiva premiale dovrebbe trovare più spazio di applicazione, anche assumendo l'istituto della messa alla prova come strumento di verifica dell'attività riorganizzativa dell'ente, e la punizione dovrebbe scattare soltanto in seguito a una totale mancata adozione e attuazione del modello organizzativo, a seguito delle quali il soggetto collettivo potrebbe, dunque, essere messo alla prova a fini riorganizzativi; per altro verso, potrebbe essere ipotizzata una distinzione tra tipologie di criminalità, dolosa o colposa e, all'interno di quest'ultima, d'evento o di condotta, tale per cui, mentre la concezione cautelativa della colpa organizzativa si attaglierebbe maggiormente ai reati dolosi, per ciò che riguarda quelli colposi la colpa di organizzazione si conformerebbe ai criteri dell'immedesimazione per l'ente, in modo che la caratteristica di premialità del sistema sanzionatorio prescelto possa spiegare tutta la propria efficacia anche per quanto riguarda la colpa di evento per difetto organizzativo<sup>637</sup>.

---

<sup>635</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 55.

<sup>636</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 56.

<sup>637</sup> Come del resto già avviene per le contravvenzioni nell'ambito della sicurezza nei luoghi di lavoro, per cui si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 56. In conclusione, adottare prima della condanna le regole cautelari che hanno prodotto l'evento e sono state violate dai vertici potrebbe giustificare una diminuzione di pena per l'ente.

## Capitolo quinto – Osservazioni conclusive

---

Il presente elaborato approfondisce il ruolo che il concetto di rischio svolge come criterio ispiratore di una legislazione penale orientata alla progressiva anticipazione della tutela rispetto al reato di danno e di pericolo concreto e si giustappone idealmente all'esame dei profili di crisi del diritto penale d'evento e della flessibilizzazione giurisprudenziale delle categorie classiche del reato al cospetto dei nuovi rischi. L'elemento di raccordo tra le due prospettive di analisi è individuato nella funzione che il concetto di rischio svolge all'interno della disciplina penalistica.

Lo studio del rischio come nozione propria del diritto penale ruota attorno ad uno schema fondamentale che si caratterizza per la compresenza di una prospettiva ermeneutica e di una prospettiva incriminatrice di analisi: sul primo versante, il concetto di rischio interviene come fattore di interpretazione della disposizione di reato; sul secondo versante, esso opera come *ratio* di una legislazione penale spiccatamente preventiva e, in taluni casi, come vero e proprio elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice<sup>638</sup>. Con riferimento ai modelli di incriminazione è possibile registrare la seguente linea di demarcazione: quale strumento ermeneutico il rischio è impiegato nella cornice del reato d'evento di danno o di pericolo concreto, mentre, in veste di criterio di politica legislativa e di elemento di fattispecie, esso è abbinato al reato di pericolo astratto (o non concreto)<sup>639</sup>.

Nel complesso, sembra, dunque, emergere la seguente coppia concettuale: ad una prospettiva ermeneutica che declina il concetto di rischio con riferimento ai tipi che tradizionalmente caratterizzano il c.d. "diritto penale dell'evento" (danno e pericolo concreto), si affianca una prospettiva incriminatrice che impiega l'elemento del rischio in relazione al reato di pericolo astratto. Su entrambi i piani, infatti, l'impiego del

---

<sup>638</sup> Per il riconoscimento della natura anfibia e anfibologica del concetto di rischio proprio del diritto penale in quanto rilevante così in prospettiva ermeneutica come in prospettiva incriminatrice, si rimanda a C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 45 ss. Particolarmente significative in vista dell'enucleazione della compresenza delle prospettive citate sono le premesse alla base dell'analisi di V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, p. 1 ss.

<sup>639</sup> La categoria del "pericolo non concreto" è utilizzata per semplificare e unificare l'analisi dei molteplici modelli di tutela penale anticipata (di pericolo astratto, presunto, *et cetera*), secondo uno schema dicotomico che valorizzi il dato non controverso, e cioè la tipicità del reato di pericolo concreto: le diverse tipologie di incriminazione riconducibili all'area del pericolo non concreto sono infatti accomunate dalla circostanza che quest'ultimo "è assunt[o] come automaticamente sussistente, una volta che sia accertata la presenza di tutti gli elementi tipici" (F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, 1994, p. 34). Sull'introduzione della categoria del "pericolo non concreto" come strumento d'analisi si rimanda a C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 397 ss.

concetto di rischio risponde ad una medesima finalità, che è quella di riaffermare l'utilità del diritto penale come strumento giuridico di controllo delle condotte e di prevenzione delle offese anche al cospetto di un quadro sociale rinnovato e sinteticamente definito come "società del rischio" (c.d. *Risikogesellschaft*)<sup>640</sup>. Una riaffermazione di utilità non priva di conseguenze problematiche per le tensioni cui sottopone i principi costitutivi del diritto penale in punto di legalità, offensività e colpevolezza.

La varietà delle accezioni del termine "rischio" (tra rischio tecnico-scientifico, economico-finanziario, ambientale e terroristico) impone di procedere ad un'ultima notazione preliminare. In un'analisi incentrata sulla legislazione penale, infatti, ciascuna aggettivazione del termine "rischio" rinvia a settori normativi distinti che si diversificano non solo per la disciplina, ma, prima ancora, per la fisionomia del rischio che intendono regolamentare: a seconda della qualificazione prescelta, i beni giuridici minacciati e la fonte del potenziale d'offesa (del "rischio" in quanto tale) assumono connotati peculiari. Da tale punto di vista, la trattazione è stata prima circoscritta ai campi di legislazione connessi, in particolare al c.d. "rischio tecnologico" (cioè legato al progresso tecnico-scientifico), ma si è poi assunto che il concetto di rischio del diritto penale possa e, per certi versi, debba essere indagato proficuamente anche al di là dei confini del rischio tecnologico in senso stretto e degli altri settori normativi di riferimento.

La legislazione penale di marca preventiva imperniata sul concetto di rischio (tecnologico e non) è considerata una delle principali forme di manifestazione del c.d. "diritto penale del rischio" e tale nozione ha una portata più ampia rispetto all'oggetto della trattazione, comprendendo i profili di rilevanza del concetto penalistico di rischio in prospettiva non solo incriminatrice, ma anche ermeneutica. L'idea di un "diritto penale del rischio" prende forma a partire dagli studi più recenti e costituisce un corollario di un nuovo punto di vista sui rapporti tra rischio e diritto penale. Occorre, infatti, considerare che, nel loro complesso, le riflessioni dottrinarie dedicate al rischio dalla scienza penalistica (in particolare, tedesca e italiana) indagano il tema secondo due approcci differenti, che si possono contrassegnare rispettivamente come endo- ed

---

<sup>640</sup> L'espressione è stata coniata, come noto, da U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., 1996, p. 26 ss.

esosistemico<sup>641</sup>. Il filone teorico più risalente (“endosistemico”) considera la questione della rilevanza o meno del concetto di rischio come tema interno al diritto penale, con l’obiettivo di assegnare a tale elemento una collocazione nella teoria del reato. Per la corrente più moderna (“esosistemica”), invece, il rischio non nasce come costruito dogmatico; esso è, piuttosto, un fattore pre- ed extra-giuridico, mutuato dallo sfondo sociale di riferimento, al quale la dialettica politico-criminale adatta il diritto penale. In base a tale visuale, l’eventuale riconoscimento al rischio di un ruolo nella teoria del reato non ha carattere originario, ma discende dall’adeguamento del sistema penale ai nuovi compiti di controllo e di tutela ad esso assegnati dal contesto sociale.

I margini di rilevanza del rischio in diritto penale sono stati esaminati originariamente secondo l’approccio endosistemico, che privilegia la valenza ermeneutica del concetto in parola nella cornice del reato d’evento a forma libera<sup>642</sup>. Tanto il profilo funzionale, quanto il modello di incriminazione indagati da tale orientamento esulano, dunque, dal tema in oggetto, dedicato, invece, all’analisi della portata incriminatrice del rischio secondo le cadenze del pericolo non concreto. La distanza tra i due punti di vista appare, tuttavia, ridimensionata se si adotta come chiave di lettura la nozione di regola cautelare. La legislazione penale imperniata sul rischio, infatti, rivela di per sé un’essenza cautelare, essendo volta alla gestione di un potenziale di offesa per il bene tutelato e prescrivendo, con effetti di immediata incriminazione, condotte che tendono alla neutralizzazione o alla minimizzazione del rischio di lesione. Per altro verso, proprio sul terreno della tipicità colposa insistono le principali accezioni del termine “rischio” enucleate dal filone di impronta endosistemica con l’obiettivo di dare voce al nesso tra condotta ed evento implicito nel concetto di regola cautelare.

Occorre, dunque, menzionare la nozione di “rischio consentito”, espressione che designa le ipotesi nelle quali la responsabilità penale non è integrata pur in presenza di condotte lesive di beni giuridici e si riferisce al bacino delle c.d. “attività pericolose socialmente utili”<sup>643</sup>. Il rischio consentito, perciò, identifica l’insieme dei

---

<sup>641</sup> Per la dicotomia che distingue tra prospettiva endosistemica e prospettiva esosistemica come chiave di lettura del pensiero dottrinario sul concetto di rischio del diritto penale, si rinvia a C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 4 ss.

<sup>642</sup> Sul punto, valga richiamare le conclusioni intermedie formulate da C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010, p. 161 ss.

<sup>643</sup> Sul punto, D. KIENAPFEL, *Das erlaubte Risiko im Strafrecht. Zur Lehre vom sozialem Handlungsbegriff*, Frankfurt a. M., V. Klostermann, 1966, p. 9 ss., 17, 21, 28 ss.; inoltre J. REHBERG, *Zur Lehre vom “erlaubtes Risiko”*, Zurich, Schulthess & Co., 1962; U. KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung*, in *GA*, 1994, p. 197 ss.,

comportamenti che devono essere considerati permessi in via generale all'esito del giudizio di bilanciamento tra l'interesse (sociale) allo svolgimento dell'attività e l'interesse (del singolo titolare) alla preservazione del bene risultato attinto nella propria integrità. Sul terreno della tipicità colposa, il parametro del rischio consentito non autorizza l'agente a causare l'evento, ma indica che la diligenza doverosa è rispettata e, perciò, non può configurarsi a carico del soggetto attivo una responsabilità penale per colpa. La maggiore valorizzazione del rischio sul terreno del reato colposo è dovuta però alla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento, in base alla quale il legame tra condotta ed evento non è costituito soltanto dal rapporto di causalità, ma anche dal c.d. "nesso di rischio". Ai fini dell'ascrizione della responsabilità penale per l'evento, tale impostazione richiede (in prospettiva *ex ante*) che la condotta, già accertata quale antecedente causale dell'evento in senso condizionalistico, abbia creato un rischio illecito, ossia un rischio non consentito dall'ordinamento e riconoscibile dall'agente e, a tale primo vaglio, la teoria in parola affianca (in prospettiva *ex post*) una seconda verifica espressa dal criterio della realizzazione del rischio illecito nell'evento. L'obiettivo è quello di garantire che venga imputato all'autore della condotta soltanto quell'evento che rappresenti *a posteriori* la congruente evoluzione, in quanto rientrante nello "scopo della norma penale violata", del rischio illecito creato dalla condotta stessa e non di un "rischio diverso e concorrente"<sup>644</sup>.

La nozione di "diritto penale del rischio" si sviluppa nell'alveo degli studi di impronta esosistemica ed è contrassegnata da una certa ambiguità di significato. Da un lato, è etichettato come "diritto penale del rischio" il diritto penale che dialoga e raccoglie le istanze di tutela di una collettività strutturata secondo il modello macrosociologico della "società del rischio"; si tratta, dunque, di un "diritto penale (della società) del rischio", ove l'elemento del rischio è del tutto immanente ai rapporti sociali. Al contempo, l'etichetta "diritto penale del rischio" è utilizzata anche per indicare l'esito complessivo della penetrazione del concetto di rischio nella struttura del diritto penale come forma di adattamento della disciplina al peculiare orizzonte

---

215 ss.; M. MAIWALD, *Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs, erlaubtes Risiko für die Strafrechtssystematik*, Jescheck-FS I, 1985, p. 405 ss.

<sup>644</sup> Sul punto, A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in *RIDPP*, 1992, p. 783 ss.; L. CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici (Parte I)*, in *IP*, 2001, p. 691 ss.; ID., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, p. 333 ss.

macrosociologico: in simile accezione, l'elemento di rischio dismette la valenza sociologica a favore di una connotazione giuridica.

Secondo un'impostazione, nel contesto della società del rischio la legislazione penale tenderebbe ad assumere le sembianze di un "diritto penale dirigistico" e si contrapporrebbe, in quanto tale, al "diritto penale della prevenzione" proprio della precedente società industriale<sup>645</sup>. In ciò consisterebbe il divario strutturale: mentre il diritto penale della prevenzione salvaguarda l'integrità dei beni tutelati attraverso la previsione di norme incriminatrici che sanzionano la creazione di un pericolo di offesa (oltre che la causazione di un danno), nel diritto penale dirigistico il disegno di protezione è attuato tramite disposizioni punitive che condizionano il comportamento del destinatario in modo che esso neppure possa divenire pericoloso. In breve: il diritto penale della prevenzione interviene sul pericolo al quale la condotta espone il bene tutelato; il diritto penale dirigistico interviene, invece, sulla condotta, vincolandola per neutralizzare già la mera prospettiva che essa diventi pericolosa. Nel passaggio dall'uno all'altro modello di legislazione, appare evidente il progressivo arretramento della linea dell'intervento penale, che si attiva attraverso schemi di incriminazione sempre più anticipati nella sfera del pericolo anche rispetto all'estremo del pericolo astratto.

Secondo una impostazione per certi versi omologa alla precedente, al cospetto della società del rischio il baricentro della legislazione penale tenderebbe ad arretrare marcatamente nell'area del pericolo, poiché in tale contesto la norma incriminatrice opererebbe come mezzo di previdenza sociale, garantendo oggi le condizioni perché la vita collettiva possa esplicarsi, in modo accettabile, anche in futuro<sup>646</sup>. Anche il diritto penale "della previdenza sociale" si distingue per funzione e per struttura dal citato diritto penale della prevenzione.

Con accenti in parte analoghi a quelli appena considerati, un terzo orientamento sottolinea come, al cospetto della società del rischio, la legislazione penale tenderebbe a disporsi nelle forme di un "diritto penale del comportamento". Tale espressione designa una normazione punitiva che opera come strumento di tutela delle generazioni future: la fattispecie incriminatrice sacrificerebbe la libertà individuale non per

---

<sup>645</sup> Sul punto, PRITTWITZ C., *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, 1993.

<sup>646</sup> Sul punto, HERZOG F., *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Decker, 1991.

proteggere l'integrità di un bene giuridico determinato, ma per incidere sui potenziali d'offesa ("rischi") latenti nel contesto sociale e prevenire che essi si traducano in danni irreparabili per le condizioni di vita del futuro. L'assegnazione di un simile obiettivo sgancia completamente la fattispecie incriminatrice dalla dimensione dell'offensività legata alla condizione presente del bene tutelato e genera una nuova categoria di illeciti penali: i c.d. "reati relativi al futuro"<sup>647</sup>.

Dal punto di vista normativo, il concetto di rischio allude ad una relazione di (mera) possibilità tra una condotta ed un evento prevenuto in quanto offensivo di beni che si ha interesse a proteggere. Il rischio incarna, dunque, anzitutto un problema di tutela e non possiede di per sé una connotazione penalistica esclusiva, identificandosi piuttosto un tema sul quale il legislatore impegna una pluralità di strumenti giuridici differenti (penalistici e non), regolamentandolo nel suo complesso. Nei settori considerati, pertanto, la norma incriminatrice è tendenzialmente affiancata da mezzi di controllo e di disciplina di natura diversa (amministrativistica e civilistica), ed è parte di una strategia integrata di governo del rischio.

In questo senso, il rischio si connota per essere un concetto pervasivo e si declina in molteplici prospettive. Tra queste, vi è la peculiare ottica relativa al rischio di impresa, che costituisce il fulcro attorno al quale ruota l'apparato imprenditoriale.

La gestione del rischio rappresenta, infatti, il pilastro di una efficiente *corporate governance* nel quadro ordinamentale internazionale<sup>648</sup>. Il progressivo convergere delle scienze giuridiche e delle scienze aziendalistiche, le *best practices* via via affinate nell'esperienza transnazionale, l'apporto dei codici di autodisciplina, l'intervento del legislatore hanno segnato un indubbio progresso. L'enuclearsi del paradigma dei principi di corretta amministrazione come concetto autonomo rispetto alla legalità, da un lato, e alle scelte di merito – ascritte al contesto della *business judgement rule* – dall'altro lato, assume una centralità nuova per un appropriato presidio dei rischi. Teoria e pratica si evolvono da una visione del controllo come mera "funzione sanzionatoria" verso una concezione del controllo come elemento fisiologico della gestione dell'impresa, da controllo come "costo" al controllo come "opportunità"; le tecniche si affinano da una configurazione prevalentemente ispettiva

---

<sup>647</sup> Sul punto, STRATENWERTH G., *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Starfrechts?*, in *ZStW*, 1993.

<sup>648</sup> Sul punto AA.VV., *Impresa e rischio. Profili giuridici del risk management*, a cura di S. CERRATO, 2019, p. XVII.

verso una efficiente gestione procedimentale dei flussi informativi. Il sistema dei controlli interni è lo strumento attuativo principale di questo processo evolutivo, potendosi dire che esso rappresenta uno dei pilastri fondamentali della struttura della *corporate governance* negli ordinamenti dei paesi industriali avanzati. Si affaccia così la prospettiva che le scelte per l'imprenditore o l'ente in crisi siano sostanzialmente a rime obbligate: l'opzione per l'adozione delle procedure di gestione della crisi è necessaria per ridurre i rischi d'incriminazione; al contempo, però, non appare che l'accesso a tali istituti sia sufficiente ad escludere il sindacato del giudice sulla rilevanza penale delle condotte di salvataggio. Se così è, si ripropone il rischio di un sindacato *ex post* del giudice penale sulla scelta di accedere ad una procedura negoziata di emersione della crisi, piuttosto che ad una liquidatoria, quindi di aver continuato a privilegiare il rischio imprenditoriale rispetto alla tutela dei creditori. Un tale sindacato, per di più se condotto attraverso l'identità tra 'cattiva scelta imprenditoriale' e 'scelta non imprenditoriale', avrebbe l'effetto di favorire decisioni economiche iper-conservative, dirette ad azzerare il rischio d'incriminazione. L'intervento del giudice penale incentiverebbe la fuga verso il fallimento, in contrasto con gli interventi del legislatore, diretti ad indurre gli operatori economici (sia il debitore, che il creditore) a privilegiare proprio soluzioni alternative alla scomparsa dell'impresa.

In tale contesto, poi, si colloca anche il particolare elemento consistente nel rischio-reato, che attualmente consta di elementi in special modo preventivi e vede la progressiva valorizzazione della componente organizzativa. Il passaggio da una posizione di garanzia unitaria alla scomposizione della stessa secondo la conformazione aziendale mira a valorizzare l'assetto organizzativo e gestionale dell'attività pericolosa come strumento oggettivamente favorevole alla prevenzione delle offese. La medesima logica pare ispirare anche la progressiva estensione del campo di applicazione del D.Lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità *ex crimine* della persona giuridica sino ad includere alcuni dei più significativi reati correlati al rischio tecnologico e il primo concetto chiarito è stato la c.d. colpa di organizzazione, basata sul c.d. difetto organizzativo ovvero sulla mancata adozione o attuazione dei modelli organizzativi. Preliminarmente si è precisato che la colpa di organizzazione non ha nulla a che vedere con la colpa consistente nella violazione delle regole cautelari orientate a porre vincoli all'esercizio di attività per contenere il rischio degli eventi

morte o lesione<sup>649</sup>. Una tale forma di colpa, proprio perché orientata a ostacolare gli eventi e attinente all'attività produttiva effettivamente capace di cagionare tali eventi è la colpa delle persone fisiche che agiscono per compiere tale attività, anche perché accanto alle regole cautelari orientate a impedire la verifica degli eventi che riguardano direttamente la stessa attività dell'ente (regole cautelari dei subordinati), vi sono anche regole cautelari sempre orientate a ridurre i rischi di verifica di eventi, ma che riguardano aspetti organizzativi e che, quindi, riguardano i vertici. Detto in altri termini, nelle realtà organizzate, le regole cautelari dirette a contenere il rischio di evento insito in una determinata attività si possono distinguere in quelle che riguardano direttamente l'attività produttiva dell'ente e quelle che, invece, sono di organizzazione dell'attività produttiva dell'ente, a supporto di tale attività<sup>650</sup>. La colpa di organizzazione è cosa ben diversa, perché i modelli organizzativi non sono diretti a ridurre il rischio di verifica degli eventi offensivi, ma a ridurre il rischio di verifica dei reati e, quindi, di realizzazione di condotte criminose.

In conclusione, al di là delle considerazioni di tipo strutturale, uno degli aspetti tuttora più problematici della legislazione penale imperniata sul rischio resta la sua legittimazione sul piano delle scelte di incriminazione. È una forma di normazione che, pur collocata in posizione complementare, non può lasciare indifferente il sistema penale che l'accoglie al proprio interno. Essa ne mette, infatti, in discussione alcuni canoni costitutivi fondamentali, come il principio di offensività del reato o di proporzione; ed è chiaro che gli interrogativi sollevati a simile riguardo non possono risolversi con una semplice bagatellizzazione delle risposte sanzionatorie e con una presa d'atto della sostanziale ineffettività delle discipline in questione<sup>651</sup>. Ne trarrebbe, infatti, nuova linfa la richiesta di sicurezza avanzata in forme sempre più pressanti dal corpo sociale al cospetto dei rischi (in particolare, tecnologici). Di fronte a tali istanze, la difficoltà – tutta di politica del diritto, e non solo penale – sta nel rinvenire un punto di equilibrio tra i poli in conflitto della sicurezza e della libertà<sup>652</sup>.

---

<sup>649</sup> Si veda AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino, p. 46.

<sup>650</sup> Sul punto, C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e individuale*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2018, p. 204 ss. distingue tra regole cautelari “di primo grado” e regole cautelari “di secondo grado”.

<sup>651</sup> Sul punto, si veda C. PERINI, *La legislazione penale tra “diritto penale dell’evento” e “diritto penale del rischio”*, in *Legislazione penale*, n. 1, 2012, p. 137.

<sup>652</sup> Sul punto, STELLA F., *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003, p. 528.

## Bibliografia

---

### A

AA.VV., *La responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 tra diritto e processo*, di D. PIVA (a cura di), 2021, Giappichelli editore, Torino

AA.VV., *Impresa e rischio. Profili giuridici del risk management*, a cura di S. CERRATO, 2019

E. AGAZZI, *Il bene, il male e la scienza. Le dimensioni etiche dell'impresa scientifico-tecnologica*, Rusconi, 1992

E. AGAZZI, *La causalità e il ruolo delle frequenze statistiche nella spiegazione causale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *Scienza e causalità*

A. ALESSANDRI, *Profili penali delle procedure concorsuali. Uno sguardo d'insieme*, Milano, 2016

A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale. Volume IV. I reati fallimentari*, Torino, 2019

D.L. ALTHEIDE, *I mass media, il crimine e il 'discorso di paura'*, in G. FORTI, M. BERTOLINO (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, 2005

C. AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della business judgment rule*, Milano, 2014

E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI, E. MEZZETTI, M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016

C. ANGELICI, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006

C. ANGELICI, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012

F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, XI ed. (agg. a cura di L. CONTI), Milano, 2001

F. ANTONIONI, *La bancarotta semplice*, Napoli, 1962

F. ARDITO, E. MUSCO, *Diritto penale fallimentare*, Bologna, 2018

H.R. ARKES, C.A. SCHIPANI, *Medical malpractice vs the business judgment rule: Differences in hindsight bias*, in *Oregon Law Review*, 1994

J. ARLEN, *L'applicazione della legge penal-societaria negli Stati Uniti: l'uso delle transazioni per trasformare imprese potenzialmente criminali in tutori dell'ordine*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2018

C.O. ARTALE, *La bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, 2019, Assago

## B

R. BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul "sistema 231"*, in R. BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016

R. BARTOLI, *Il criterio di imputazione oggettiva*, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), *La responsabilità degli enti*, vol. I, *Diritto sostanziale*, Torino, 2020

M.A. BARTOLUCCI, *L'art. 8 D.Lgs. n. 231/2001 nel triangolo di Penrose. Tra minimizzazione del rischio-reato d'impresa e 'nuove forme di colpevolezza*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 9 gennaio 2017

Z. BAUMAN, *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza*, 2002

Z. BAUMAN, *La società sotto assedio*, 2002

Z. BAUMAN, *Modus vivendi. Inferno e utopia del mondo liquido*, 2007

Z. BAUMAN, *Paura liquida*, Roma, Bari, Laterza, 2008 (trad. it. dell'originale *Liquid Fear*, Cambridge, Polity Press, 2006)

Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Roma-Bari, 2005

U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, traduzione dell'originale U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1986

L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Riv. soc.*, 2019

N. BEN-YEHUDA, E. GOODE, *Moral Panics: The Social Construction of Deviance*, USA, 1994

G. BERTOLA, *Il mercato*, Bologna, Mulino, 2006

G. BERTOLLOTTI, *Poteri e responsabilità nella gestione di società in crisi. Allerta, autofallimento e bancarotta*, Torino, 2017

D. BIANCHI, *Gestione del rischio clinico e responsabilità penale dell'ente sanitario e dei suoi vertici*, in *Riv. It. med. Leg.*, 2020

B. BOCK, *Produktkriminalität und Unterlassen – zur strafrechtlichen Haftung des Herstellers fehlerhafter Waren unter besonderer Berücksichtigung seiner Handlungspflichten*, Aachen, Shaker, 1997

A. BONDI, *I reati aggravati dall'evento tra ieri e domani*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999

F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004

J. BOURKE, *Paura. Una storia culturale*, Roma, Bari, Laterza, 2007 (trad. it. dell'originale *Fear. A Cultural History*, London, Virago Press, 2005)

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

F. BRICOLA, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997

F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960

F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *Quest. crim.*, 1981

F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965

F. BRICOLA, *Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione*, in AA. VV., *La responsabilità dell'impresa per i danni all'ambiente e ai consumatori*, Atti del Convegno, Milano, 1978 ora in ID., *Scritti di diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI, A. MELCHIONDA, vol. I, *Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, Tomo II, *Dal 1973 al 1993*, Milano, Giuffrè, 1997

F. BRIZZI, *Responsabilità gestorie in prossimità dello stato di insolvenza e tutela dei creditori*, in *Riv. dir. comm.*, I, 2008

C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in *Criminalia*, 2012

## C

A.E. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del "fatto" nell'esperienza giuridica*, Tolentino, 1929

D. CAMPUS, *Comunicazione politica. Le nuove frontiere*, Roma-Bari, 2008

S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, 1999

S. CANESTRARI, *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2001

S. CANESTRARI, *La responsabilità colpevole nell'articolato della parte generale del progetto Grosso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001

- S. CANESTRARI, *'Rischio d'impresa' e imputazione soggettiva nel diritto penale fallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2000
- M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e responsabilità delle cure*, Milano, 2017
- B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, Milano, 2000
- A.R. CASTALDO, *La concretizzazione del "rischio giuridicamente rilevante"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995
- D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009
- D. CASTRONUOVO, *La colpa 'penale'. Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013
- D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza. La logica precauzionale come fattore espansivo del "penale" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *L'evoluzione del diritto penale nei settori di interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, a cura di G. GRASSO, L. PICOTTI, R. SICURELLA, Milano, 2011
- D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012
- S. CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza. Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Milano, 2019
- F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo del diritto penale*, Giuffrè Editore, Milano, 2004
- F. CENTONZE, M. MANTOVANI (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016
- P. CERI, *La società vulnerabile. Quale sicurezza, quale libertà*, Roma, Bari, Laterza, 2003
- D. CESIANO, *L'applicazione della 'business judgment rule' nella giurisprudenza italiana*, in C. AMATUCCI (a cura di), *Responsabilità degli amministratori di società e ruolo del giudice. Un'analisi comparatistica della business judgment rule*, Milano, 2014
- P. CHIARAVIGLIO, *Danno e pericolo nella cd. 'bancarotta riparata'*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2015
- P. CHIARAVIGLIO, *La bancarotta preferenziale*, Pavia, 2017
- P. CHIARAVIGLIO, *Le innovazioni penalistiche del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: alcuni rilievi critici*, in *Le Soc.*, 2019

G. CHIODI, "Delinquere ut universi". *Scienza giuridica e responsabilità penale delle universitates tra XII e XIII secolo*, in *Studi di Storia del diritto*, vol. III, Milano, 2001

G. COCCO, *Commento sub art. 216*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007

G. COCCO, *Commento sub art. 217*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007

G. COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 216-237*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007

G. COCCO, *Commento sub art. 232*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007

G. COCCO, *Il concorso dell'estraneo nella bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Studi economico-giuridici: in memoria di Lino Salis*, Torino, 2000

G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso della bancarotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014

G. COCCO, *Nota introduttiva agli artt. 223-235. Gli autori della bancarotta impropria*, in F. PALAZZO, C.E. PALIERO, *Commentario breve alle leggi complementari*, II ed., Padova, 2007

S. COHEN, *Folks Devils and Moral Panics*, UK, 1972, III Ed. 2002

C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, 2003

L. CONTI, *I reati fallimentari*, II ed., Milano, 1991

L. CONTI, *Fallimento (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, V, Torino, 1991

L. CORNACCHIA, *Il concorso di cause colpose indipendenti: spunti problematici (Parte I)*, in *IP*, 2001

L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004

O. CUSTODERO, *Spunti di riflessione a margine della responsabilità per colpa*, in *Giust. pen.*, II, 2006

## D

F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2013

- F. D'ALESSANDRO, *Rischio e responsabilità amministrativa degli enti*, in AA.VV., a cura di G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE, *Il diritto penale di fronte alle sfide della società del rischio. Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, Giappichelli Editore, Torino, 2018
- F. D'ARCANGELO, *La responsabilità dell'ente per reato commesso da autore ignoto*, in *La resp. Amm. Soc. enti*, 2017
- A. D'AVIRRO, E. DE MARTINO, *La bancarotta fraudolenta impropria: reati societari e operazioni dolose*, Milano, 2007
- A. DACCÒ, *Il sindacato del giudice nei confronti degli atti gestori degli amministratori*, in *A.G.E.*
- D. DAWAN, A. PERINI, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001
- C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002
- G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Pisa, 2012
- G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008
- G. DELITALA, *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obb.*, I, 1926
- G. DELITALA, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930
- G. DELITALA, *L'oggetto della tutela nel reato di bancarotta*, in *Riv. pen.*, 1935
- G. DELITALA, *Raccolta degli scritti. Diritto penale, vol. II*, Milano, 1976
- G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, Milano, 1935
- F. DI MARZIO, *Fallimento. Storia di un'idea*, Milano, 2018
- E. DENNINGER, *Der Präventionsstaat*, in *KJ*, 1988
- E. DENNINGER, *Freiheit durch Sicherheit? Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz*, in *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 10-11/2002
- E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Corso di diritto penale*, Milano, 2001
- E. DOLCINI, *L'imputazione dell'evento aggravante. Un contributo di diritto comparato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979
- M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004
- M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991
- M. DONINI, *Modelli di illecito penale minore. Un contributo alla riforma dei reati di pericolo contro la salute pubblica*, 2007

M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne "specialità"*, in *Jus*, 2011

M. DONINI, M. PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, 2011

M. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996

M. DOUGLAS, *Come percepiamo il pericolo. Antropologia del rischio*, Milano, Feltrinelli, 1991 (trad. it. dell'originale *Risk Acceptability According to the Social Sciences*, New York, Russell Sage Foundation, 1985)

M. DOUGLAS, *Rischio e colpa*, Bologna, Mulino, 1996 (trad. it. dell'originale *Risk and Blame: Essays in Cultural Theory*, London, New York, Routledge, 1992)

#### E

L. EUSEBI, *Appunti sul confine fra dolo e colpa nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000

L. EUSEBI, *In tema di accertamento del dolo: confusioni tra dolo e colpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987

A. EVERS, H. NOWOTNY, *Über den Umgang mit Unsicherheit. Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1987

#### F

D. FALCINELLI, *I delitti di bancarotta negli amletici percorsi dell'offensività penale: l'essere e il 'non essere' della sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2015

G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, VI edizione, 2021

G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in AA.VV., *Beni e tecniche*

G. FIANDACA, E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1993

G. FIDELBO, *La valorizzazione del giudice penale sull'idoneità del modello organizzativo*, in *Le società, Gli speciali*, 2011

G. FIDELBO, R.A. RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un itinerario possibile*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 2016

S. FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo. Spunti per una ricostruzione integrata del sistema penale*, Napoli, 2007

A. FIORELLA, M. MASUCCI, *Gestione dell'impresa e reati fallimentari*, Torino, 2014

G. FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in R. BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova, 2015

G. FLORA, *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2012

G. FORTE, *Ai confini fra dolo e colpa: dolo eventuale o colpa cosciente?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999

G. FORTI, *"Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006

G. FORTI, *La "chiara luce della verità" e "l'ignoranza del pericolo". Riflessioni penalistiche sul principio di precauzione*, in *Scritti per Federico Stella*, Napoli, 2007, vol. I

W. FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung*, Heidelberg, 1988

W. FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundlagen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Köln, 1983

## G

F. GALIMBERTI, *Economia e pazzia. Crisi finanziarie di ieri e oggi*, Roma, Bari, Laterza, 2002

M. GALLO, *Voce Colpa penale (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano

M. GALLO, *Voce Dolo (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, 1964

A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997

A. GARGANI, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Legislazione penale*, 2011

D. GIANTI, *Responsabilità degli amministratori per mera violazione del dovere di diligenza*, in *Danno e resp.*, 2010

A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, Il Mulino, 1994

U. GIULIANI BALESTRINO, *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, Padova, 1966

U. GIULIANI BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, IV ed., Milano, 1999

F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006

F. GIUNTA, *L'ente non punibile. Prendendo spunto dall'evasione fiscale riparata*, in *Discrimen*, 5 ottobre 2020

A. GRAGNANI, *Il principio di precauzione come modello di tutela dell'ambiente, dell'uomo, delle generazioni future*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2003

G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1986

C.F. GROSSO, Voce *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989

#### H

W.O. HANEWICZ, *Primacy, Omnicare, and the Function of Corporate Law*, in *Tenn. L. Rev.*, 2004, vol. 71

R.C. HANSCHITZ, *Sicherheit - Mythos der Moderne. Eine Phänomenologie der Fahrlässigkeit*, Friburgo, 2005

W. HASSEMER, *Caratteristiche del dolo*, in *Ind. Pen.*, 1991, trad. it. dell'originale *Kennzeichen des Vorsatzes*, in G. DORNSEIFER, E. HORN, G. SCHILLING, W. SCHONE, E. STRUENSEE, D. ZIELINSKI, *Gedachtnisschrift für Armin Kaufmann*

W. HASSEMER, *Introduzione*, in FOFFANI L. (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte. Atti del convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*

W. HASSEMER, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, 2. Auf., Heidelberg, C.F. Muller, 1996

F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom*, tradotto da R. COSTANZI con il titolo *Verso la schiavitù*, Milano, 1948

R. HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, Munchen, C. Heymanns

F. HERZOG, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Decker, 1991

F. HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio, Prospettive al di là del diritto penale*, in *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo*, L. STORTONI, L. FOFFANI (cur.), Milano, 2004

E. HILGENDORF, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993

J. HIRSCH, *Der Sicherheitsstaat. Das Modell Deutschland, seine Krise und die neuen sozialen Bewegungen*. Frankfurt a. M., Europäische Verlagsanstalt, 1980

R.L. HUDSON, B.B. MANDELBROT, *Il disordine dei mercati. Una visione frattale di rischio, rovina e redditività*, Torino, Einaudi, 2005 (trad. it. dell'originale *The (mis)Behavior of Markets. A Fractal View of Risk, Ruin and Reward*, New York, Basic Books, 2004)

#### I

A. INGRASSIA, *Rischio di impresa e 'rischio penale'. Il sindacato giudiziale sulle scelte di gestione della crisi*, 2020, Giappichelli editore, Torino

A. INGRASSIA, L. TROYER, *La bancarotta distrattiva prefallimentare come reato di pericolo concreto: la Suprema Corte verso un'attesa sintesi*, in *Riv. dott. comm.*, 2017

G. INSOLERA, *Il concorso di persone nei reati fallimentari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002

N. IRTI, *L'età della decodificazione*, 1999, Giuffrè editore, Milano

#### J

G. JAKOBS, *Das Strafrecht zwischen Funktionalism und "alteuropäischen" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des "alteuropäischen" Strafrechts?*, 1995, W. De Gruyter

G. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Kunststoff, 2. Aufl., De Gruyter, 1991, Wunschliste

H.-H. JESCHECK, T. WEIGEND, *Lehrbuch des strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Auf., Berlin, Duncker & Humblot, 1996

#### K

K.A. KAMIN, J.J. RACHLINSKI, *Ex post ≠ ex ante: Determining liability in hindsight*, in *Law and Human Behavior*, vol. 19, n. 1

F.X. KAUFMANN, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, 2. Auf., Stuttgart, Enke, 1973

D. KIENAPFEL, *Das erlaubte Risiko im Strafrecht. Zur Lehre vom sozialem Handlungsbegriff*, Frankfurt a. M., V. Klostermann, 1966

U. KINDHÄUSER, *Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung*, in *GA*, 1994

U. KINDHÄUSER, *Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft*, in *Universitas*, 1992

L. KUHLEN, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Heidelberg, C.F. Müller, 1989

L. KUHLEN, *Golddammers Arkiv fuer Strafrecht*, 1994

L. KUHLEN, *Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung*, in *JZ*, 1994

## L

M. LA MONICA, *Diritto penale commerciale*, Vol. II, Milano, 1988

A. LANZI, *La Cassazione 'razionalizza' la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2014

A. LANZI, *Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987

S. LATOUCHE, *La Megamacchina. Ragione tecnoscientifica, ragione economica e mito del progresso. Saggi in memoria di Jacques Ellul*, Torino, Bollati Boringhieri, 1995 (trad. it. dell'originale *La Megamachine. Raison technoscientifique, raison economique et le mythe du Progres. Essais à la memoire de Jacques Ellul*, Paris, La Decouverte, 1995)

S. LONGHI, *Bancarotta ed altri reati in materia concorsuale*, II ed., Milano, 1930

L. LOPEZ, *Discrezionalità degli amministratori di S.p.a., diligenza e dovere di agire in modo informato*

W. LÜBBE, *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, 1994

N. LUHMANN, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna, Mulino, 1990 (trad. it. dell'originale *Ausdifferenzierung des Rechts. Beitrage zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1981)

N. LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1980

N. LUHMANN, *Sociologia del rischio*, Milano, Mondadori, 1996 (trad. it. dell'originale *Soziologie des Risikos*, Berlin, W. De Gruyter, 1991)

D. LUPTON, *Il rischio. Percezione, simboli, culture*, Bologna, Mulino, 2003 (trad. it. dell'originale *Risk*, London, Routledge, 1999)

## M

M. MAIWALD, *Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs, erlaubtes Risiko für die Strafrechtssystematik*, Jescheck-FS I, 1985

- V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012
- V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005
- P. MANGANO, *L'impresa come bene giuridico nei reati di bancarotta*, Padova, 1998
- A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale. Tra legalità e tutela della salute*, Pisa, 2014
- C. MARCHETTI (a cura di), *La responsabilità degli amministratori nelle società di capitali*, Torino, 2015
- A. MARINELLI, *La costruzione del rischio. Modelli e paradigmi interpretativi delle scienze sociali*, 1993
- G. MARINI, *Rescissione del contratto: diritto vigente*, Milano, 1988
- G. MARINI, "Rischio consentito" e tipicità della condotta. Riflessioni, in *Scritti in memoria di Renato Dell'Andro*, Bari, 1994, vol. II
- G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, Giuffrè, 1965
- L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, Giuffrè Editore. Milano, 2007
- L. MASERA, *Ancora sulla qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica. Perché anche nella società del rischio è legittimo il ricorso al diritto penale d'evento*, in *Quest. Giust.* (ed. on-line), 10 marzo 2017
- L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli Editore, 2018
- F. MAZZACUVA, *L'ente premiato*, Torino, 2020
- A. MEREU, *La repressione penale delle frodi IVA: indagine ricostruttiva e prospettive di riforma*, Assago, 2011
- D. MICHELETTI, *La colpa nella bancarotta semplice patrimoniale. Contributo allo studio della regola cautelare come criterio di delimitazione della tipicità colposa*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2000
- V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società, Essays in Honour of Nestor Courakis*, Ant. N. Sakkoulas Publications L.P., 2017
- V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988
- G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, Napoli, 1962

G. MOLLO, *La business judgment rule tra tenuta giurisprudenziale e vantaggi di una cornice normativa per l'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. imp.*, 2017

V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018

P. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla "Proposta Rordorf" al Codice della Crisi*, in AA.VV., *Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino

P. MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: i principali aspetti della riforma*, in *Nuovo Diritto delle Società*, 2019

F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva e reato d'evento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013

F. MUCCIARELLI, *La responsabilità delle persone giuridiche*, in C. PARODI (diretto da), *Diritto penale dell'impresa*, vol. II, Milano, 2017

H. MÜLLER-DIETZ, *Aspekte und Konzepte der Strafrechtsbegrenzung*, in GEPPERT K., BOHNERT J., RENGIER R., *Festschrift für Rudolf Schmitt*, Tübingen, Mohr, 1992

A. MUTTI, *Finanza sregolata? Le dimensioni sociali dei mercati finanziari*, Bologna, Mulino, 2008

C. MYLONOPOULOS, *Komparative und Dispositionsbegriffe im Strafrecht*, Frankfurt a. M., 1998

## N

W. NAUCKE, *La robusta tradizione del diritto penale della sicurezza: illustrazione con intento critico*, in *Sicurezza e diritto penale*, M. DONINI, M. PAVARINI (cur.), Bologna

R. NICOLÒ, *Surrogatoria-Revocatoria*, in *Commentario Scialoja-Branca*, sub artt. 2900-2969

A. NISCO, *Recenti evoluzioni (e involuzioni) in tema di bancarotta: ruolo dell'insolvenza e adeguatezza economica delle operazioni antecedenti*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2015

P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955

P. NUVOLONE, *Le leggi penali e la Costituzione*, Milano, 1953

## O

M. ONADO, *I nodi al pettine. La crisi finanziaria e le regole non scritte*, Roma, Bari, Laterza, 2009

## P

T. PADOA-SCHIOPPA, *La veduta corta. Conversazione con Beda Romano sul Grande Crollo della finanza*, Bologna, Mulino, 2009

T. PADOVANI, *Il destino sistematico e politico-criminale delle contravvenzioni e le riforme del diritto penale del lavoro in Italia*, in M. DONINI (a cura di), *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, 2001

A. PAGLIARO, *Discrasie tra dottrina e giurisprudenza? (In tema di dolo eventuale, dolus in re ipsa ed errore su legge extrapenale)*, in A.M. STILE (a cura di), *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, Jovene, 1991

A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, ora in ID., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008. Monografie di parte speciale*, Milano, 2009

A. PAGLIARO, *Imputazione obiettiva dell'evento*, in RIDPP, 1992

A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, Milano, 2003

F. PALAZZO, *La politica criminale nell'Italia repubblicana*, in *Storia d'Italia, Annali*, 12, *La criminalità*, a cura di L. VIOLANTE, Torino, 1997

F. PALAZZO, *Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico*, in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 1997

C.E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992

C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, Editoriale Scientifica, 2011

C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990

C.E. PALIERO, *L'agora e il palazzo quale legittimazione per il diritto penale?*, in *Crim.*, 2012

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

C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. It. med. Leg.*, 1992

C.E. PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e individuale*, in *Riv. Trim. dir. pen. econ.*, 2018

C.E. PALIERO, *La funzione delle scienze sociali nella recente evoluzione del diritto penale* in L. STORTONI - L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto*

*penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004

C.E. PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in F. PALAZZO (a cura di), *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova, 2003

C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985

M. PAPA, *Fantastic Voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, II ed., Torino, 2019

M. PAPA, G. TAVELLA, *Intelligenza artificiale e legislazione penale*, in *Discrimen*, 23 giugno 2023

C. PEDRAZZI, *Voce Consenso dell'avente diritto*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961 ora in ID., *Diritto penale*, vol. I, *Scritti di parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003

C. PEDRAZZI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1995, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, Vol. IV, Milano, 2003

C. PEDRAZZI, *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.VV., *Studi in memoria di GIACOMO DELITALA*, Milano, 1984, ora in C. PEDRAZZI, *Diritto penale. Scritti di diritto penale dell'economia*, vol. IV, Milano, 2003

C. PEDRAZZI, *Tramonto del dolo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2000

M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004

G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, in A. MANNA (a cura di), *Corso di diritto penale dell'impresa*, Padova, 2010

C. PERINI, *Adattamento e differenziazione della risposta punitiva nella "società del rischio"*, in AA.VV., *Il diritto penale di fronte alle sfide della "società del rischio". Un difficile rapporto tra nuove esigenze di tutela e classici equilibri di sistema*, in G. DE FRANCESCO, G. MORGANTE (a cura di), 2017

C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010

C. PERINI, *La legislazione penale tra "diritto penale dell'evento" e "diritto penale del rischio"*, in *Legislazione penale*, n. 1, 2012

C. PERINI, *Prospettive del concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Garbagnate Milanese, 2002

- G.G. PERUZZO, *Business judgment Rule e responsabilità degli amministratori di S.p.A.*, Ariccia (Roma), 2016
- C. PIERGALLINI, *Attività produttive e imputazione per colpa, prove tecniche di “diritto penale del rischio”*, in *RIDPP*, 1997
- C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004
- C. PIERGALLINI, *Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di GIORGIO MARINUCCI*, Milano, 2004
- C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell’età del rischio: prove di resistenza del tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005
- C. PIERGALLINI, *Note in tema di prevenzione del rischio-corrruzione nel contesto societario*, in *Legislazione penale*, 16 febbraio 2021
- C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001)*, parte II, in *Cass. pen.*, 2013
- C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2019
- U. PIOLETTI, *La bancarotta semplice*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), *Diritto penale dell’economia*, Torino, 2019
- U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Ariccia (Roma), 2015
- N. PISANI, *Crisi di impresa e diritto penale*, Bologna, 2018
- N. PISANI, *La sentenza dichiarativa di fallimento ha natura di condizione obiettiva di punibilità estrinseca nella bancarotta prefallimentare: un apparente revirement della Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017
- D. PIVA, *Presunzioni di colpa e onere della prova dell’ente: ragioni e spunti per una riforma dell’art. 6 d.lgs. 231/2001*, in *Resp. Amm. Soc. enti*, 4/2018
- R.F. POHL, *Hindsight bias*, in R.F. POHL (ed.), *Cognitive illusions: A handbook on fallacies and biases in thinking, judgement and memory*, Hove, 2004
- C. PONGILUPPI, *Principio di precauzione e reati alimentari. Riflessioni sul rapporto “a distanza” tra disvalore d’azione e disvalore d’evento*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010
- M. PORZIO, *Norme penale incostituzionali e sentenze interpretative della Corte Costituzionale*, Roma, 1966
- C. PRITTWITZ, *Funktionalisierung des Strafrechts*, in *StV*, 1991

C. PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Klostermann, 1993

P. PRODI, *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell'Occidente*, Bologna, Mulino, 2009

D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2005

M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953

## Q

G. QUINTERO OLIVARES, *I reati di pericolo nella politica criminale del nostro tempo*, in STORTONI L., FOFFANI L. (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte. Atti del convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*

## R

J. REHBERG, *Zur Lehre vom "erlaubtes Risiko"*, Zurich, Schulthess & Co., 1962

L. RISICATO, *Combinazione e interferenza di forme di manifestazione del reato. Contributo ad una teoria delle clausole generali di incriminazione suppletiva*, Milano, 2001

L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilita del personale sanitario*, in *Leg. pen.*, 7 giugno 2017

M. ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. I, Giuffrè, 2004

A. ROSSI VANNINI, *Commento sub art. 232*, in A. ROSSI VANNINI, N. MAZZACUVA, *Disposizioni penali. Tomo III*, in F. GALGANO (a cura di), *Commentario Scialoja-Branca. Legge fallimentare*, Bologna, 1997

AL. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2014

G. ROSSI, *Il gioco delle regole*, 2006

P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1953

C. ROXIN, *Die Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Eser/Hassemer/Burkhardt, München, 2000

C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, in C. ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, Napoli, 1998, trad. it. dell'originale *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, II ed., Berlin, New York, W. De Gruyter, 1973

C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München, Beck C.H., 1997

C. ROXIN, *Taterschaft und Tatherrschaft*, Hamburg, 1963

C. RUGA RIVA, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi Marinucci*, Giuffrè, Milano, 2006, vol. II

## S

R. SACCHI, *La responsabilità gestionale nella crisi dell'impresa societaria*, in *Giur. comm.*, I, 2014

G.G. SANDRELLI, *Note critiche sulla necessita di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta "propria"*, in *Cass. pen.*, 2013

U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, 1964

C. SANTORIELLO, *Spunti per una delimitazione degli atti di gestione del patrimonio aziendale qualificabili come bancarotta fraudolenta*

I. SCALERA, *Teoria generale del reato di bancarotta*, Milano, 1969

P. SCEVI, *Principio di precauzione e imputazione colposa*, in *Riv. pen.*, 2011

A. SCHMUCKER, *Die Dogmatik einer strafrechtlichen Produktverantwortung*, Frankfurt, 2001

L. SCHULZ, *Kausalität und Strafrechtliche Produkthaftung. Materiell und Prozessrechtliche Aspekte*, in LÜBBE W., *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, Berlin, New York, W. De Gruyter, 1994

M. SCHWARZ, M. THOMPSON, *Il rischio tecnologico. Differenze culturali e azione politica*, Milano, Guerini e Associati, 1993 (trad. it. dell'originale *Divided We Stand: Redefining Politics, Technology and Social Choice*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1990)

K. SEELMAN, *Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht*, NJW, 1990

N. SELVAGGI, *Estraneità all'oggetto sociale e offesa nella bancarotta per distrazione*, in N. PISANI (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010

D. SEMEGHINI, *Il dibattito statunitense sulla business judgment rule: spunti per una rivisitazione del tema*, in *Riv. dir. soc.*, 2013

- S. SEMINARA, *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici*, in *Dir. pen. proc.*, 2009
- S. SEMINARA, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Milano, 1987
- K.S. SHRADER-FRECHETTE, *Valutare il rischio. Strategie e metodi di un approccio razionale*, Milano, Guerini e Associati, 1993 (trad. it. dell'originale *Risk and Rationality. Philosophical Foundations for Populist Reforms*, Berkeley, Los Angeles, University of California Press, 1991)
- M. SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Roma, 1968
- L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, 2007
- H. SPAMANN, *Monetary Liability for Breach of the Duty of Care*, in *JLA*, 2016, vol. 8, n. 2
- M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966
- F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di GIORGIO MARINUCCI*
- F. STELLA, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2002
- F. STELLA, *Il contesto nella spiegazione causale: il processo penale*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *Scienza e causalità*, Padova, CEDAM, 2006
- F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2003
- F. STELLA, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano, 2005
- F. STELLA, *La nozione penalmente rilevante di causa: la condizione necessaria*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 1988
- F. STELLA, *La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi. A confronto il pensiero di Wright e di Mackie*, in ID., *I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio*, Milano, Giuffrè, 2004
- F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento tra azione ed evento*, Giuffrè, 1975 (II ed., Milano, 2000)
- G. STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Starfrechts?*, in *ZStW*, 1993

C.J. SUAREZ GONZALEZ, *Diritto penale e rischi tecnologici*, in STORTONI L., FOFFANI L. (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte. Atti del convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000*

C. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Interpretation and Institutions*, in *Mich. L. Rev.*, 2003, vol. 101

#### T

A. TAVERNA, *Il mercato avido. Finanza degli eccessi e regole tradite*, Bologna, Mulino, 2009

G. TEUBNER, *Die unsichtbare Cupola: Kausalitätskrise und kollektive Zurechnung*, in LÜBBE W., *Kausalität und Zurechnung. Über Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen*, 1997

A. TINA, *L'esonero da responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 2008

A.F. TRIPODI, *L'elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, Padova, 2013

#### V

P. VENEZIANI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in *Studium iuris*, 2001

P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003

A. VICARI, *I doveri degli organi sociali e dei revisori in situazioni di crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, I, 2013

#### W

W. WOHLERS, *Deliktstypen des Praventionsstrafrechts – zur Dogmatik moderner Gefährdungsdelikte*, Duncker & Humblot, 2000

J. WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Strafrechtssystem*, Berlino, 1981

#### Z

O. ZAMPANO, *Bancarotta 'riparata' e principio di offensività*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2006

G.M. ZAMPERETTI, *Il dovere di informazione degli amministratori nella governance della società per azioni*, Milano, 2005

M. ZANCHETTI, *Diritto penale fallimentare*, in D. PULITANÒ (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale. Vol. II. Tutela penale del patrimonio*, Torino, 2013

M. ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. eco.*, 2014