

**QUESTIONI E
APPROFONDIMENTI**

L'INESAUSTO INCREMENTO DEI REATI-PRESUPPOSTO E L'URGENZA DI UNA RIFORMA DEFLATIVA

ALESSANDRO BERNASCONI, Ordinario di diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Brescia

Muovendo dalla indiscussa constatazione che l'elenco dei reati-presupposto ha raggiunto, nel corso di quasi un ventennio, una voluminosità tale da compromettere l'applicazione – vuoi nei contesti aziendali, vuoi in sede di accertamento giudiziario – del d.lgs. 231/2001, l'articolo tratteggia alcune osservazioni critiche a proposito della (ennesima) occasione, di matrice europea, fornita al legislatore nazionale per infarcire il suddetto catalogo di ulteriori fattispecie delittuose. Esaurita questa premessa, viene ribadita l'urgenza di una moratoria nel ricorso allo strumento del diritto penale e, per quanto di interesse in questa sede, alle «innovazioni» in materia di reati che fondano il rimprovero penale nei confronti degli enti; una politica astensionistica a ben poco tuttavia servirebbe in assenza di una severa sforbiciata ai reati-presupposto: in quest'ottica, il presente contributo cerca di individuare le figure meritevoli di espunzione, senza peraltro trascurare una breve ricognizione degli istituti alieni al «mondo 231» ma, al tempo stesso, più efficaci e maggiormente utilizzati nel contrasto di talune fenomenologie criminose.

1. La saga senza fine dei reati-presupposto: brevi cenni critici sul recepimento della «Direttiva PIF»

Il catalogo dei reati-presupposto in materia di responsabilità degli enti disvela che si è al cospetto di una notevole quantità ed eterogeneità di fattispecie; l'estensione del catalogo, sempre più debordante, nella prassi applicativa finisce per collidere con la sempre maggiore complessità delle società medio-grandi (le sole interessate) nelle quali si moltiplicano i piani di controllo e una regolamentazione sempre più fitta e minuziosa¹. La cd. «Direttiva PIF» (2017/1371/UE), recepita dalla l. delega 117/2019 – le linee guida di quest'ultima sono state poi attuate dal d.lgs. 75/2020 – riguarda la lotta contro la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione europea mediante il diritto penale; essa ha contribuito ad aggravare un quadro di per sé inquinato da ipertrofia legislativa e incoerenza sistematica.

In breve.

Con riguardo al diritto penale tributario, il d.lgs. 75/2020 amplia il catalogo dei reati tributari per i quali è considerata responsabile anche la società annoverandovi i

¹ FIANDACA, ALESSANDRI, *Responsabilità degli enti, serve un «tagliando»*, in *Il Sole 24ORE*, 6 giugno 2016, 19.

delitti di dichiarazione infedele, di omessa dichiarazione e di indebita compensazione: denominatore comune, la transnazionalità (in ambito UE), qualora l'imposta IVA evasa non sia inferiore a 10 milioni di euro.

Sul fronte dei delitti contro la Pubblica Amministrazione, il legislatore delegato infarcisce il catalogo dei reati-presupposto con il peculato (art. 314, comma 1 c.p.) – non quello d'uso – e il medesimo mediante profitto dell'errore altrui (art. 316 c.p.), nonché con l'abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.* (*figura criminis* peraltro profondamente riformata dal – quasi contestuale – d.l. 76/2020), nel caso tali delitti offendano gli interessi finanziari dell'Unione europea; compaiono altresì le frodi nelle pubbliche forniture (art. 356 c.p.) e ai danni del fondo europeo agricolo di garanzia e del fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale (*ex art. 2, l. 898/1986*), con la precisazione che il danno deve riguardare l'Unione europea.

La punibilità dell'ente è stata altresì estesa ai reati di contrabbando previsti dal d.p.r. 43/1973 tramite l'introduzione dell'art. 25 *sexiesdecies*: oltre alla indefettibile sanzione pecuniaria – peraltro aumentata qualora i diritti di confine dovuti superino i 100.000 euro – è prevista l'applicabilità delle sanzioni interdittive meno gravi (quelle di cui all'art. 9, comma 2, lett. c), d), e) del d.lgs. 231/2001).

1.1. I reati tributari

La politica criminale in materia tributaria si è caratterizzata per la dissennatezza degli inasprimenti sanzionatori: da fine 2019 ad oggi è dato assistere ad una *escalation* punitiva il cui principale effetto sistemico è apprezzabile sotto il profilo della duplicazione di sanzioni in ordine a condotte criminose dal contenuto identico o, comunque, equipollente (quanto a lesioni arrecate al bene giuridico protetto). Si colloca in questo solco la previsione, tra i reati-presupposto, dell'infedele dichiarazione, dell'omessa dichiarazione e dell'indebita compensazione, tutti reati non previsti in maniera espressa nella direttiva Pif². Dubbia la legittimità di queste scelte: infatti,

² SANTORIELLO, *Alcune riflessioni sui profili più problematici della riforma dei reati tributari*, in *www.rivista231.it*, *Interventi*, 2020: «Di particolare importanza è l'introduzione dei citati delitti tributari fra gli illeciti presupposto della responsabilità degli enti. Questo intervento normativo non era richiesto espressamente nella Direttiva PIF comunitaria, per cui il Governo ha inteso andare oltre il dettato comunitario, ribadendo così la scelta di reprimere con maggiore severità gli illeciti in materia tributaria già operata con il d.lgs. 124/2019». Inoltre, a giudizio dell'A., la riforma estiva introduce la punibilità del delitto tentato per taluni reati quali la dichiarazione fraudolenta mediante l'uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, la dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici e la dichiarazione infedele («La superficiale tecnica normativa utilizzata nella recezione della direttiva PIF induce a domandarsi se, con riferimento alla responsabilità da reato delle società *ex d.lgs. 231/2001*, i reati di dichiarazione fraudolenta mediante l'utilizzo di fatture relative a operazioni inesistenti, di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici e di dichiarazione infedele rilevano – ovvero fungano da presupposto della colpevolezza dell'ente – anche se realizzati nella forma tentata. Il problema origina dalla circostanza che l'art. 25 *quinquiesdecies* richiama i soli artt. 2, 3 e 4 d.lgs. 74/2000 senza ulteriore specificazione, mentre la disciplina in materia di tentativo per gli illeciti fiscali è contenuta nell'art. 6 d.lgs. 74/2000, il quale però non è stato investito dalla riforma con riferimento alla posizione dei delitti tributari nell'ambito della responsabilità da reato delle società. Potrebbe quindi sostenersi che il legislatore ha inteso sì ampliare il novero degli illeciti presupposto della colpevolezza dell'ente, ma limitando il richiamo solo alla consumazione piena di tali illeciti, senza alcun richiamo alla modifica operata all'art. 6 d.lgs. 74/2000, che – in presenza delle circostanze sopra indicate – attribuisce rilevanza penale anche alla forma tentata di tali illeciti. A fronte di questa ricostruzione può però richiamarsi il disposto di cui all'art. 26 d.lgs. 231/2001, il quale prevede espressamente che i reati presupposto della responsabilità dell'ente rilevano anche quando realizzati nella sola forma del tentativo, con riduzione delle sanzioni. Si potrebbe quindi affermare che, in termini generali, qualsiasi reato richiamato dagli artt. 24 ss., d.lgs. 231/2000 apre le porte alla responsabilità della società anche se commesso nella forma tentata; questa conclusione non valeva con riferimento agli illeciti tributari, posto che per espressa scelta del legislatore la condotta descritta in tutti i reati disciplinati dagli artt. 2 ss. d.lgs. 74/2000 assumeva rilevanza penale solo se la norma era pienamente integrata e non se invece la condotta si arrestava al livello del tentativo. Dopo la recezione della direttiva

nell'ottica del diritto comunitario la natura della sanzione (penale o amministrativa) è indifferente, qualora essa si contraddistingua per particolare afflittività³; la violazione del principio del *ne bis in idem* rischia di compromettere, di conseguenza, la scelta del legislatore⁴.

1.2. Peculato e abuso d'ufficio

Asseverare il delitto di peculato *ex art. 314, comma 1, c.p.* e l'omologa *figura criminis* – caratterizzata dal profitto dell'errore altrui *ex art. 316 c.p.* – quali fattispecie tipiche della criminalità d'impresa è, sul tavolo della clinica, impresa ardua: la connotazione appropriativo-individualistica della condotta, una volta inquadrata nel prisma dei requisiti oggettivi di imputazione dell'interesse o vantaggio per l'ente, getta un'ombra di eccentricità – rispetto ai paradigmi della responsabilità della persona giuridica – sui due «ulteriori» reati-presupposto. A meno di volere inquadrare la trovata del legislatore nel caleidoscopio del concorso di persone nel reato (risponderebbe, in tal caso, l'ente di appartenenza del concorrente nel fatto del pubblico ufficiale).

PIF, tuttavia, questa conclusione è venuta (parzialmente) meno e quindi, per la responsabilità delle società rilevano pure le condotte di dichiarazione fraudolenta mediante l'utilizzo di fatture relative a operazioni inesistenti, di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici e di dichiarazione infedele anche se realizzati nella forma tentata, sempre che ricorrano le quattro condizioni di cui si è detto ovvero: a) l'evasione deve avere ad oggetto un importo qualificato, b) l'evasione deve avere ad oggetto la sola imposta sul valore aggiunto, c) deve trattarsi di fatti transnazionali che interessino più Stati dell'Unione europea, d) il fatto contestato non deve integrare il reato previsto dall'articolo 8 d.lgs. 74/2000».

³ Secondo GIUNTA, *Europa e diritto penale. Tra linee di sviluppo e nodi problematici*, in *disCrimen.it*, pubbl. dal 26 marzo 2020, 6. la Direttiva PIF «richiede un livello minimo della risposta sanzionatoria per le sotto fattispecie incriminatrici tributarie lesive degli interessi dell'UE, ferma restando la libertà degli Stati membri di allestire tutele più rigorose. Da qui il rischio, tutt'altro che ipotetico, di disarmonie dosimetriche della pena sia rispetto a reati offensivi di beni giuridici più rilevanti meno severamente puniti, sia rispetto ai medesimi reati tributari nelle ipotesi non offensive degli interessi finanziari dell'UE. Senza contare l'effetto di trascinamento verso l'alto della risposta sanzionatoria, che ne deriverà nei casi di connessione tra reati per così dire 'PIF e reati' non PIF" (si pensi alla continuazione *ex art. 81, comma 2, c.p.*: il giudice assumerà verosimilmente, o potrebbe assumere, come reato più grave la sotto fattispecie 'PIF', con un aumento proporzionale della pena finale destinato a riverberarsi negativamente sui reati-"non PIF"). Per non dire dell'inclusione delle sotto fattispecie tributarie 'PIF' nel catalogo dei reati-presupposto ai sensi del d.lgs. 231/2001, che potrebbe convivere con l'esclusione della fattispecie generale nella parte 'non PIF'. La disarmonia diventa ancora più acuta, però, in relazione all'obbligo di prevedere la punizione dei reati tributari- 'PIF' a titolo di concorso di persone e di tentativo, attualmente esclusa, in termini generali, dal d.lgs. 74/2000. È fin troppo evidente che l'introduzione, per le sole sotto fattispecie tributarie- 'PIF', di una deroga alla deroga sarebbe fonte di sperequazioni stridenti e di una sostanziale irrazionalità di sistema. In particolare, come si ricorderà, la scelta di non punire il tentativo incarnava una precisa opzione politico-criminale, a suo tempo accolta con favore perché volta ad ancorare il sistema penal-tributario al principio di offensività e a favorire, sul piano operativo, la respipendenza del contribuente; disciplina, questa, che potrebbe sopravvivere per fattispecie- 'non PIF'.

⁴ Preconizzava FLORA, *Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche del recepimento della «Direttiva PIF» nel settore dei reati tributari e della responsabilità «penale» degli enti*, in *disCrimen.it*, 12 novembre 2019, 10 – in epoca antecedente al recepimento della Direttiva PIF – che «la complicazione più seria risiede (...) in un evidente rischio di violazione del *ne bis in idem*. Già adesso la persona giuridica risponde delle sanzioni tributarie amministrative («sostanzialmente penali» secondo plurime decisioni della Corte di Giustizia e della Corte EDU) in conseguenza dell'illecito fiscale commesso da un proprio dipendente, rappresentante o amministratore (art. 7, l. 32/2003). Già oggi risulta possibile nei confronti della persona giuridica, la confisca, anche per equivalente, del profitto del delitto tributario commesso dal suo legale rappresentante (o dall'amministratore di fatto). La clausola contenuta nella lett. moderll) dell'art. 3 che consente di applicare alla persona giuridica «responsabile» dei reati tributari commessi da suoi subordinati o «apicali» le ulteriori sanzioni previste dall'art. 9 della Direttiva (oltre quelle contemplate dal d.lgs. 231/2001) solo «ove necessario» basterà a preservare dal rischio di duplicazione, non solo rispetto a quelle richiamate dalla legge di delegazione, ma anche a quelle già adesso comminate (o comunque in via giurisprudenziale applicate) alla persona giuridica? E dovrà o no tenersi conto che il «considerando» 17 della Direttiva impone di far salvo proprio il principio del *ne bis in idem*? Come sarà possibile organizzare un assetto normativo coordinato e rispettoso di principi fondamentali del diritto penale certo da rispettare nel più alto grado possibile anche nel settore della responsabilità amministrativa da reato egli enti? La sensazione è che il recepimento della Direttiva PIF comporterà un ulteriore imbarbarimento del sistema ed in particolare dei canoni della ragionevolezza e della legalità».

Ancora più problematiche le valutazioni in materia di abuso di ufficio. La riforma estiva dell'art. 323 c.p. ha puntato nella direzione di «ridurre drasticamente l'area della rilevanza penale» del reato, un «intento rimarcato dalla presenza nel testo riformato dei margini di discrezionalità della condotta e del ristretto perimetro costituito dalla violazione di condotte espressamente previste dalla legge o aventi forza di legge⁵»; contestualmente, nel catalogo delle fattispecie che incardinano la responsabilità dell'ente è stato inserito proprio il «nuovo» delitto, per il caso in cui dalla condotta discenda un danno agli interessi finanziari dell'Unione europea. A volere essere benigni, il giudizio è quello di uno «strabismo del legislatore che dovrà fare i conti con la maggiore difficoltà di applicazione della norma riformata oltre che con il fatto che le ipotesi [nelle quali] potrà scattare tale forma di responsabilità riguarderanno, viste le esclusioni di cui al comma 3 dell'art. 1 del decreto, per lo più gli enti di appartenenza dei soggetti concorrenti esterni del reato del funzionario pubblico⁶.

1.3. Contrabbando

In passato, è stato più volte censurato l'effetto distopico del coinvolgimento di fattispecie delittuose tipiche della criminalità organizzata; il rischio è di alimentare confusione sul confine tra illeciti economici d'impresa e associazioni criminali in senso stretto: per queste seconde, l'arsenale di reati e sanzioni, messo a disposizione dal diritto penale «classico», risultava ampiamente sufficiente e non bisognoso di eterointegrazioni da parte della legislazione sugli enti (*a fortiori*, dopo l'introduzione nel «codice antimafia» degli istituti dell'amministrazione e del controllo giudiziari delle aziende). Per tale motivo, era da ritenersi incongruo l'ampliamento del catalogo dei reati con quelli di criminalità organizzata (art. 24 *ter*) e di terrorismo (art. 25 *quater*). Non si sottrae a questa valutazione la fenomenologia delittuosa del contrabbando (per lo più circoscritta ai tabacchi lavorati esteri), di tradizionale appannaggio di organizzazioni criminali e, pertanto, «ontologicamente» estranea al raggio d'azione della normativa sulla responsabilità degli enti da reato.

2. La vera urgenza della politica criminale: moratoria nel ricorso al diritto penale e sfoltimento delle fattispecie

Da anni scorrono fiumi di inchiostro a richiamare l'urgenza di un blocco della produzione legislativa penalistica e di uno speculare *revirement* all'insegna dello sfoltimento delle fattispecie. Appelli inascoltati dalla politica, che persevera nell'utilizzo delle grida manzoniane a fini di creazione del consenso. Come noto, il disordinato e sconcertante incremento dei reati-presupposto nel settore della responsabilità degli enti è un plastico esempio di questa patologia.

L'efficacia del sistema creato dal d.lgs. 231/2001 riposa sulla «sua capacità selettiva» cioè «di individuare tassative fattispecie meritevoli di aggiungere alla responsabilità

⁵ SCUTO, *Abuso d'ufficio, si riduce la rilevanza penale*, in *Il Sole 24ORE.it*, 17 luglio 2020.

⁶ Sempre SCUTO, *Abuso d'ufficio*, cit.

penale della persona fisica (...) la responsabilità per la colpa dell'ente stesso che ha facilitato o non contrastato la commissione del reato⁷; asciugare l'elenco dei reati implica – nella prassi applicativa – una duplice, virtuosa ricaduta: viene restituita la certezza del diritto al mondo dell'impresa (impegnato in una defatigante e diseconomica rincorsa all'aggiornamento dei Modelli organizzativi ogni qual volta fanno capolino nuovi reati-presupposto), risulta incoraggiata l'azione del pubblico ministero (le iscrizioni di enti nel registro delle notizie di reato delle procure della Repubblica sono ai minimi storici e, quindi, l'applicazione della normativa del 2001 versa in stato comatoso).

Qualche esempio di fattispecie penalistiche da espungere dal catalogo di cui agli artt. 24 ss., d.lgs. 231/2001. Oltre alle figure di reato riconducibili alla criminalità organizzata e al terrorismo internazionale, di cui già si è detto⁸, lo sguardo si volge all'impiego di extracomunitari (*ex art. 25 duodecies*): la materia è infatti già disciplinata dall'art. 22, d.lgs. 286/1988⁹.

Razzismo e xenofobia (art. 25 *terdecies*) sono reati da affrontare con le misure di prevenzione, eventualmente ricorrendo alla duttilità del combinato disposto sequestro-confisca.

Conclusioni («abolizioniste») non dissimili per i delitti:

- di falso in monete, in carte di pubblico credito, in valori di bollo – anche con riferimento agli illeciti introdotti dalla l. 99/2009 – di falso in strumenti e segni di riconoscimento *ex art. 25 bis* (contraffazione di marchi e brevetti, importazione e commercio di prodotti con segni falsi);
- contro l'industria e il commercio (si pensi alla vendita di prodotti industriali con segni mendaci e alla fabbricazione e commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale: art. 25 *bis.1*);

⁷ CORSO, *Il sistema 231 rischia di morire. Anche per la direttiva PIF*, in *Ipsos quotidiano.it*, 18 luglio 2020.

⁸ Sempre nel settore dei delitti di criminalità organizzata, occorre ricordare le conseguenze di una sorta di norma «in bianco» – prevista dall'art. 24 *ter*, comma 1 – la quale fa riferimento «ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416 *bis* [del c.p.] ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni [di stampo mafioso] previste dallo stesso articolo»; trattasi di un rinvio ad un numero potenzialmente indeterminato di fattispecie suscettibile di provocare, a sua volta, una dilatazione del sistema della responsabilità degli enti: ciò, in contrasto con il principio di tassatività della fattispecie penale, naturale corollario di quello di legalità, accolto nell'art. 2, d.lgs.231/2001. E perplessità non dissimili, con riguardo al mancato rispetto del principio di determinatezza dell'illecito, affiorano riguardo alla disposizione dell' art. 25 *quater*, comma 4 (reati di terrorismo), a causa del rinvio, in essa contenuto, ad atti internazionali – cioè la Convenzione di New York del 9 dicembre 1999 per la repressione del finanziamento del terrorismo – le cui tecniche di tipizzazione della norma penale producono notevoli asimmetrie rispetto ai reati (di terrorismo) previsti dal nostro ordinamento.

⁹ Il cui testo è stato interpolato dal d.lgs. 109/2012; si riportano le disposizioni di interesse (commi 5 *bis*, 12 e 12 *bis*):
 -5 *bis*. Il nulla osta al lavoro è rifiutato se il datore di lavoro risulti condannato negli ultimi cinque anni, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per:
 a) favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite;

b) intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro ai sensi dell'articolo 603 *bis* del codice penale;

c) reato previsto dal comma 12.

12. Il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato.

12 *bis*. Le pene per il fatto previsto dal comma 12 sono aumentate da un terzo alla metà:

a) se i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre;

b) se i lavoratori occupati sono minori in età non lavorativa;

c) se i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui all'art 603 *bis*, comma 3 c.p..

- di riduzione in schiavitù e pedopornografia (art. 25 *quinqüies*);
- di violazione del diritto d'autore (art. 25 *novies*);
- di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 25 *quater*.1).

Trattasi, infatti, di condotte che per la maggior parte segnalano l'esistenza di una struttura organizzata e articolata, la cui cifra è schiettamente criminale.

Un terreno da scandagliare con attenzione – per corroborare la prospettiva deflazionista qui patrocinata – ha per oggetto la normativa «extra» d.lgs. 231/2001, la quale esibisce un tasso di cogenza sotto certi aspetti maggiore di quello che caratterizza il secondo. Alcuni esempi.

Nella disciplina del codice dei contratti pubblici [cfr. l'art. 80, comma 5, lett. *f*)], la stazione appaltante estromette l'impresa colpita da misure interdittive: viene escluso «l'operatore economico che sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett. *c*), d.lgs. 231/2001 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 14, d.lgs. 81/2008».

Analoga filosofia di contrasto «immediato» emerge per quanto concerne il controllo giudiziario dell'azienda ai sensi dell'art. 34 *bis* del codice antimafia¹⁰.

Ancora, l'apparato normativo speciale per banche, intermediari finanziari e assicurazioni: l'intervento delle *authority* di settore è, rispetto a quello del giudice penale, più celere ed efficace: esso si avvale dei commissariamenti regolati – rispettivamente – dal testo unico bancario, da quello degli intermediari finanziari e dal codice delle assicurazioni¹¹.

L'unica eccezione – in controtendenza a quanto fin qui sostenuto e intesa a colmare un'obiettiva lacuna dei reati-presupposto – è invocata da taluni, gravissimi fatti che hanno colpito il settore dei trasporti e delle infrastrutture (dai quali la responsabilità d'impresa, sotto il peculiare profilo del vantaggio conseguito da un risparmio nei costi di manutenzione e di prevenzione del rischio, appare tutt'altro che ipotetica): si allude qui alla fattispecie di disastro colposo (art. 449, commi 1 e 2, c.p.).

¹⁰ PRESUTTI, BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, 2018, 487 ss.

¹¹ Per un quadro riassuntivo di tale disciplina derogatoria, PRESUTTI, BERNASCONI, *Manuale*, cit., 457 ss.