



LA RESPONSABILITA' AMMINISTRATIVA DEGLI ENTI PER I REATI TRANSNAZIONALI

**Relazione tenuta in data 20 giugno 2008 dal dott. Francesco M. Caruso
nell'ambito del convegno "La responsabilità penale delle persone giuridiche
derivante da reato" presso l'Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza**

1. LA CONVENZIONE ONU CONTRO IL CRIMINE ORGANIZZATO.

La legge 16 marzo 2006 n. 146 ratifica e rende esecutiva in Italia la Convenzione contro la criminalità organizzata transnazionale e gli annessi Protocolli adottati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001.

La Convenzione è entrata in vigore il 29 settembre 2003, 90 giorni dopo il deposito del quarantesimo strumento di ratifica, approvazione o adesione.

Essa è nota anche come Convenzione di Palermo o TOC (Transnational Organized Crime) e costituisce il primo trattato multilaterale contro il crimine organizzato. Contiene, inoltre, disposizioni in materia di criminalizzazione all'interno dei singoli Stati delle condotte di associazione per delinquere, riciclaggio, corruzione ed intralcio alla giustizia.

In base alla Convenzione si sarebbe dovuto introdurre nel nostro ordinamento una fattispecie parzialmente nuova, il reato di intralcio alla giustizia. Ma per tale parte la disposizione convenzionale non ha trovato traduzione nella legge interna.

Va ricordato come la Convenzione contiene norme rilevanti in materia di estradizione, di assistenza giudiziaria, e di cooperazione di polizia. Essa dispone in tema di prevenzione della criminalità organizzata, di protezione delle vittime e dei testimoni, di confisca e sequestro dei proventi del crimine organizzato, di raccolta di informazioni, di esperienze e professionalità nell'attività di contrasto al crimine organizzato.

La Convenzione sul crimine organizzato transnazionale è nota anche come Convenzione di Palermo perché l'Assemblea generale delle Nazioni Unite nell'adottarla assieme ai due Protocolli sulla tratta delle persone ed il traffico di migranti con la Risoluzione 55/25 del 15 novembre 2000, ne dispose l'apertura alla firma alla Conferenza internazionale che si tenne a Palermo dal 12 al 16 dicembre 2000.

Il terzo protocollo sul traffico d'armi, anch'esso oggetto della legge di ratifica, fu adottato il 31 maggio 2001.

Alla Conferenza di Palermo la Convenzione ricevette un grandissimo numero di firme se si considerano la materia e le regole piuttosto stringenti che la Convenzione impone agli ordinamenti penali degli Stati parti. A firmare furono in 123, mentre altri 24 paesi hanno sottoscritto in seguito.

Il negoziato fu oggetto di intenso coordinamento sul piano regionale: il Consiglio dell'Unione Europea approvò una posizione comune, che puntava alla promozione di posizioni negoziali concordate ed alla coerenza con l'acquis comunitario in materia.

L'inevitabile compromesso politico che è alla base della Convenzione si fonda anzitutto sull'esatta definizione del suo campo di applicazione. Secondo l'art. 3, la Convenzione si applica ai reati di cui agli articoli 5, 6, 8, 23 [partecipazione a gruppo criminale organizzato,

riciclaggio, corruzione, intralcio alla giustizia], ed ai reati gravi come definiti dall'articolo 2 quando il reato è transnazionale e coinvolge un gruppo criminale organizzato.

La Convenzione, dunque, trova applicazione di regola allorché coesistono i due elementi della transnazionalità del reato e del coinvolgimento in esso di una organizzazione criminale.

2. CAMPO DI APPLICAZIONE

L'art 3 della Convenzione, ripreso dall'art 3 della legge di ratifica, definisce la categoria del reato transnazionale alla quale la stessa si applica. Esso stabilisce che le sue disposizioni si applicano, salvo disposizione contraria:

- ai reati di cui agli art. 5, 6, 8 e 23 della Convenzione stessa – partecipazione a gruppo criminale organizzato, corruzione, riciclaggio, intralcio alla giustizia.

- ai cd reati "gravi" come definiti dall'art. 2 lett. b) e quindi a tutti i reati che in base agli ordinamenti interni siano sanzionati con pena privativa della libertà personale di almeno quattro anni **in quanto abbiano natura transnazionale** e cioè in quanto siano stati:

- Commessi in più di uno Stato;
- Commessi in uno Stato ma con una parte sostanziale della preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenuta in altro Stato;
- Commessi in uno Stato ma in esso implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato;
- Commessi in uno Stato ma con effetti sostanziali in un altro Stato.

In base ai protocolli annessi alla Convenzione questa altresì si applica:

- ai reati di tratta delle persone di cui al relativo protocollo
- ai reati connessi al traffico di migranti;
- ai reati connessi al traffico di armi

La Convenzione trova dunque applicazione solo alle suddette categorie di reati in quanto presentino cumulativamente le caratteristiche della transnazionalità e del coinvolgimento in esso di un gruppo criminale organizzato come definito dall'art. 2 della Convenzione che richiede la presenza di almeno tre persone.

Occorre tenere presente che l'art 34 del Trattato obbliga gli Stati a inserire nel proprio ordinamento come crimini, indipendentemente dal loro carattere di reato transnazionale, le quattro fondamentali ipotesi della partecipazione a gruppo criminale organizzato, del riciclaggio, della corruzione e dell'intralcio alla giustizia. La disposizione stabilisce che i "reati previsti dagli art 4,5,6 e 23 della presente Convenzione vengono inseriti nella legislazione interna di ciascuno Stato Parte **indipendentemente dalla natura transnazionale o dal coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato**, ai sensi dell'art 3 paragrafo 1 della presente Convenzione, tranne che nella misura in cui l'art. 5 richiede il coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato." Si tratta in quest'ultimo caso di previsione nella norma internazionale di condotte criminali di singoli distinte dalla "partecipazione a gruppo criminale organizzato" che devono necessariamente vedere il coinvolgimento nel reato del gruppo criminale organizzato

I reati di cui agli art 5,6 8 e 23 menzionati sono: i reati associativi presenti nel nostro ordinamento per i quali possa dirsi che i partecipanti mirino al compimento di reati " al fine di ottenere, direttamente o indirettamente un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale" (art. 2 lett. a Convenzione), e quindi con esclusione dei "gruppi criminali organizzati" con finalità politiche o terroristiche; il reato di riciclaggio, il reato di corruzione, il reato di intralcio alla giustizia.

Il nostro Paese è, dunque, parzialmente inadempiente all'obbligo internazionale poiché l'art 23 della Convenzione che prevede la penalizzazione della condotta di "intralcio alla giustizia" è stato trasfuso in modo solo parziale nel nostro ordinamento, precisamente solo nella parte in cui ha introdotto negli art 377 e 377 bis i fatti previsti in Convenzione alla lett. a) dell'art. 23 e cioè l'uso di forza fisica, minacce o intimidazioni, o i fatti di promessa offerta o concessione di vantaggi considerevoli per indurre falsa testimonianza o per interferire in deposizioni testimoniali o nella produzione di prove nel corso di processi relativi alla commissione di reati di cui alla Convenzione.

Viceversa la parte contenuta nell'art 23 lett b) della Convenzione che considera parimenti intralcio alla giustizia le condotte di "uso della forza fisica, minacce o intimidazioni per interferire con l'esercizio di doveri d'ufficio da parte di un magistrato o di un appartenente alle forze di polizia, in relazione alla commissione di reati di cui alla presente Convenzione" non è stata recepita nella legge interna sicchè quelle condotte sono allo stato prive di sanzione se non nella diverse, minori e meno estese figure della violenza o minaccia a pubblico ufficiale e altre figure affini.

La questione è particolarmente rilevante rispetto allo specifico tema che ci occupa poiché per i fatti di cui all'art 23 la Convenzione prevede la responsabilità delle persone giuridiche, a prescindere dal coinvolgimento in esse di un gruppo criminale organizzato. Si pensi, in particolare, ad una campagna intimidatoria nei confronti di magistrati e ufficiali di polizia giudiziaria "rei" di indagare e procedere nei confronti di fatti di corruzione. L'eventuale responsabilità delle persone fisiche non rientrerà in alcuna ipotesi di intralcio alla giustizia e di conseguenza nessuna responsabilità potrà derivarne sulla società da cui eventualmente dipendono gli autori del fatto.

Gli effetti di un tale inadempimento sono da valutare con attenzione, posto che la Convenzione prevede un preciso obbligo sul legislatore nazionale che deve adottare norme interne per prevedere la punibilità dei reati specificati nei citati articoli e quindi anche per la condotta di intralcio alla giustizia, come definita nella Convenzione.

Le quattro categorie di reato in questione sono altresì sottratte al potere abrogativo della legislazione interna, almeno fino a quando lo Stato non denunci la Convenzione a norma dell'art 40 della stessa.

Esse sono destinate ad essere applicate all'interno anche in assenza di alcun elemento di internazionalità alla sola condizione di un atto legislativo interno che le specifichi, trattandosi di norme generalmente ritenute non self-executing.

Va sottolineato che la legge 146 attuativa di una Convenzione internazionale prevale sulle norme interne di uguale rango. Altro è il problema di come attuare tale prevalenza:

disapplicazione ovvero obbligatoria sottoposizione della questione alla Corte costituzionale per violazione dell'art 117\1 C. da parte della norma legislativa sopravvenuta, contrastante con la legge che si conforma alla Convenzione.

La denuncia alla Corte costituzionale del mancato adattamento dell'ordinamento interno alle norme Convenzionali appare viceversa più problematico, se consideriamo che il sistema costituzionale non prevede di regola obblighi costituzionali di penalizzazione. Tuttavia lo strumento internazionale, che sempre più impone agli stati di introdurre disposizioni anche di carattere penale per tutelare beni rilevanti direttamente o indirettamente nell'ambito internazionale ed il nuovo obbligo costituzionale di rispettare i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, potrebbero aprire una fase nuova nell'analisi del problema di eventuali obblighi costituzionali di penalizzazione.

3. LE NUOVE IPOTESI DI RESPONSABILITA' DELLE PERSONE GIURIDICHE INTRODOTTE DALLA CONVENZIONE

La convenzione e i suoi tre protocolli costituiscono una rimodulazione dei meccanismi tradizionali della cooperazione giudiziaria penale, da limitata cooperazione interstatale a cooperazione tra giurisdizioni. Il delitto transnazionale è in grado di offendere contemporaneamente e con pari intensità lo stesso bene giuridico ovvero una molteplicità di beni ritenuti meritevoli di tutela nelle diverse aree territoriali interessate dalla comune condotta delittuosa.

Ne consegue una nuova centralità dello spazio internazionale in quanto luogo privilegiato per la realizzazione di condotte delittuose 'multiterritoriali' come il traffico di stupefacenti, il terrorismo, il riciclaggio di denaro illecito, il traffico d'armi, la tratta delle persone, il traffico di migranti, i cui effetti d'interdipendenza hanno contribuito a determinare l'espansione della funzione giudiziaria all'interno di una dimensione reticolare del sistema delle fonti di produzione normativa.

Trascurando gli altri numerosi e rilevanti aspetti innovativi della convenzione e dovendo affrontare il tema specifico di quest'intervento, occorre ricordare che tra i contenuti più significativi e nuovi della Convenzione e dei protocolli vi è l'obbligo per gli Stati parti di introdurre la responsabilità delle persone giuridiche che "commettono" i reati di riciclaggio, corruzione, partecipazione ad un gruppo criminale organizzato, intralcio alla giustizia, o che "partecipano" ai reati gravi che coinvolgono un gruppo criminale organizzato.

L'articolo 10 della Convenzione stabilisce che ogni Stato parte debba adottare, conformemente ai suoi principi giuridici, le misure necessarie per determinare la responsabilità delle persone giuridiche che "partecipano" ai reati gravi, definiti con il criterio puramente formale della Convenzione stessa come quelli per i quali è prevista la pena di almeno quattro anni di privazione della libertà personale e che coinvolgono un gruppo criminale organizzato, oltre che ("commettent") per i reati di cui agli art. 5 6 8 e 23 della Convenzione stessa.

Secondo la Convenzione, la responsabilità delle persone giuridiche può essere penale civile e amministrativa ed è senza pregiudizio per la responsabilità penale delle persone fisiche che hanno commesso i reati.

Il nucleo fondamentale della prescrizione è nel quarto comma ove si prevede che ogni Stato parte debba assicurare che le persone giuridiche ritenute responsabili siano soggette a sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, di natura penale o non penale, comprese le sanzioni pecuniarie.

Il successivo art 11 introduce quindi una serie di sollecitazioni agli Stati a far in modo che per i quattro fondamentali reati di cui agli art 5, 6, 8 e 23 della convenzione, l'applicazione della sanzione penale sia effettiva e tenga conto della gravità del reato.

E' evidente che per rispettare la Convenzione non basta prevedere astrattamente le sanzioni ma è altresì necessario che sia possibile, nei limiti del rispetto dei diritti fondamentali costituzionali, poter indagare e poter acquisire le prove dei reati stessi.

Sono significative alcune richieste che la Convenzione muove alla giustizia penale degli Stati:

- Far sì che i poteri legali discrezionali conferiti dal diritto interno siano esercitati in modo da ottimizzare le misure di contrasto di tali reati, tenendo conto della necessità di costituire un deterrente alla loro commissione. Ciò significa che quando vi siano indizi di commissione di questi reati debbano essere consentite le indagini più efficaci per ricercare le prove. Il potere legale discrezionale non può essere esercitato in modo da limitare seriamente la possibilità di giungere all'individuazione delle responsabilità.
- Altre disposizioni prescrivono che gli Stati, in relazione ai suddetti gravi reati, assicurino che le condizioni alle quali sono subordinate le decisioni riguardanti la messa in libertà in attesa di giudizio tengano conto della necessità di assicurare la presenza dell'imputato nel corso del processo e che la gravità dei reati sia considerata in ogni decisione sulla libertà personale del soggetto.
- E' previsto che ogni Stato determini un maggior periodo di prescrizione nel corso del quale avviare procedimenti per i reati di cui alla Convenzione ed un periodo più lungo nel caso di sottrazione alla giustizia.

La natura dei reati è quindi tale da influire anche sulle norme processuali che gli Stati sono tenuti ad adottare. Si può dire che il sistema italiano con riferimento al reato di corruzione e ai suoi tempi di prescrizione è fuori linea rispetto agli obblighi internazionali.

L'art 10 della legge 146\2006 inserisce nell'ordinamento interno le norme convenzionali in materia di responsabilità delle persone giuridiche per i reati che coinvolgono un gruppo criminale organizzato e per i reati di cui agli art 5, 6, 8 e 23 della Convenzione.

La norma Convenzionale non richiede che la responsabilità delle persone giuridiche per i reati di cui agli art 5, 6, 8, 23 sia limitata dal carattere transnazionale del reato ai sensi dell'art 3.

Il legislatore interno ha invece recepito la Convenzione costruendo la responsabilità delle persone giuridiche in ogni caso come responsabilità per un reato transnazionale, richiamando

per tutti i casi l'art 3 che definisce il reato transnazionale e lasciando così intendere che la responsabilità sia comunque legata al carattere transnazionale del reato presupposto.

I reati transnazionali per i quali vi è responsabilità delle persone giuridiche possono essere soltanto quelli nominativamente indicati nell'art. 10 della legge 146\2006:

- i delitti previsti dagli art 416 e 416 bis cp
- il delitto previsto dall'art 291 quater dpr 43\1973, associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri,
- il delitto di cui all'art 74 dpr 309\90, associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti e sostanze psicotrope.

Per tali delitti sono previste, oltre alla sanzione pecuniaria, anche le sanzioni interdittive di cui secondo comma dell'art. 9 del dlgs 231\2001.

Per le imprese intrinsecamente criminali per quelle cioè dedite stabilmente ed in via non solo esclusiva ma anche solo prevalente, anche quando tale prevalenza riguardi una semplice unità organizzativa, la sanzione è l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività ai sensi dell'art. 16 del decreto legislativo 231. Vedremo più avanti la rilevanza della distinzione tra impresa criminale e criminalità d'impresa.

Sussiste altresì responsabilità amministrativa degli enti per:

- i delitti di riciclaggio e di impiego di denaro beni o utilità di provenienza illecita, ex art 648 bis e ter cp, per i quali sono previste oltre alla sanzione pecuniaria anche le sanzioni interdittive per una durata non superiore a due anni.
- I reati concernenti il traffico di migranti,
- I reati di cui all'art 12, commi 3, 3bis, 3 ter e 5 del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 e successive modificazioni, si tratta dei reati in materia di traffico di migranti ed in particolare di quelli compiuti al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque di sfruttamento di donne e minori. Previste sanzione pecuniaria e sanzioni interdittive non superiori a due anni
- Reati concernenti l'intralcio alla giustizia ma solo con specifico riferimento agli art 377 bis e 378 cp e con esclusione dell'art 377 che pure è stato oggetto di modifica con la legge 146 per inserire nel suo secondo comma la fattispecie di violenza o minaccia nei confronti di dichiaranti al fine di commettere i reati di cui all'art 371 bis, ter, 372 e 373 cp. Solo pena pecuniaria.

Il reato di corruzione era già previsto nella normativa interna come fonte di responsabilità ex art. 25 d.lgs 231\2001

E' da segnalare come la responsabilità delle persone giuridiche per i delitti di riciclaggio trova la sua base normativa oggi non più nell'abrogato comma quinto dell'art 10 della legge 16 marzo 2006 n. 146 ma nell'art 25 octies del decreto legislativo 231\2001 inserito dall'art. 63\3 del decreto legislativo 21 novembre 2007 n. 231 emanato in attuazione della direttiva 2005/60/CE e della direttiva 2006/70/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo.

La variazione non è certamente innocua perché la nuova previsione dell'art. 25 octies da un lato introduce anche il delitto di ricettazione come reato presupposto per la responsabilità dell'ente e dall'altro non esige esplicitamente, in relazione alla nuova collocazione della norma, il carattere di transnazionalità dei delitti presupposto per procedere nei confronti della persona giuridica.

In ogni caso perché possa procedersi in Italia nei confronti della persona giuridica per i reati previsti dalla legge 146\2006 è necessario che sussista la giurisdizione italiana nei confronti dell'ente ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. 231\2001.

La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per il reato transnazionale concerne, in definitiva, i reati associativi previsti dall'art 10 secondo comma, i reati concernenti il traffico di migranti e i reati di intralcio alla giustizia nella misura ridotta anzidetta nonché tutti i reati per i quali la legge interna prevede la responsabilità degli enti che presentino il carattere della transnazionalità ai sensi dell'art 3 della legge 146.

Questo sistema non appare in linea con la Convenzione

Questa vuole che l'ordinamento interno determini anche la responsabilità delle persone giuridiche che partecipino ai reati definiti in Convenzione, che coinvolgono un gruppo criminale organizzato.

Esige quindi che gli Stati parti determinino forme di responsabilità con sanzioni altrettanto efficaci, proporzionate e dissuasive, di natura penale o non penale, per le persone giuridiche responsabili ("qui participant") per i reati gravi a carattere transnazionale che coinvolgono un gruppo criminale organizzato: art 10 par. 1 prima parte ("Ogni Stato parte adotta misure necessarie, conformemente ai suoi principi giuridici, per determinare la responsabilità delle persone giuridiche che **partecipino ai reati gravi** che coinvolgono un gruppo criminale organizzato"). Ma la disposizione prosegue con un "e" di congiunzione ("e per i reati di cui agli art 5,6,8,23 della presente Convenzione") e quindi per i reati di partecipazione ad un gruppo criminale organizzato, per i reati di riciclaggio dei proventi di reato, di corruzione in tutte le varie forme previste dall'art. 8 della Convenzione ed infine per le varie forme di intralcio alla giustizia come definite dall'art 23 della convenzione stessa.

Per i reati previsti da questa seconda parte dell'art. 10 par. 1 della Convenzione, la responsabilità delle persone giuridiche non è legata al coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato e alla transnazionalità del reato. In quanto rientranti nella previsione di reati gravi a carattere transnazionale, secondo la definizione dell'art. 2 della Convenzione, anche questi reati sono reati transnazionali. Ma, ove ciò non accada, la responsabilità della persona giuridica deve essere ugualmente prevista

Per quanto riguarda la prima parte del primo comma dell'art. 10 della Convenzione, potrebbe dirsi che essa avrebbe preteso che la responsabilità della persona giuridica fosse estesa alla "partecipazione" della stessa a tutti i reati gravi in cui fosse coinvolto un gruppo criminale organizzato, reati che avrebbero però dovuto avere la caratteristica di transnazionalità, posto che l'ambito di applicazione della convenzione stessa concerne i reati con pena non inferiore ai quattro anni che presentino i caratteri della transnazionalità: questa è infatti la definizione di reato grave ai sensi dell'art 3 par. 1 lett. b) della Convenzione.

Solo per le quattro categorie di reati sopra indicati la Convenzione si applica a prescindere dalla natura transnazionale di essi e dal coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato. L'art 5 penalizza proprio il fatto di partecipare ad un gruppo criminale organizzato. E tale partecipazione può riguardare sia un gruppo criminale organizzato che limita la sua attività all'ambito territoriale interno; sia un gruppo criminale organizzato che si dedichi alla commissione di gravi delitti di carattere transnazionale. Ne consegue che la disposizione Convenzionale può dirsi rispettata nella misura in cui la persona giuridica possa essere chiamata a rispondere per la partecipazione al gruppo criminale organizzato ossia, secondo la formula dell'art. 10 comma secondo della legge 146, nel caso di commissione di uno dei reati associativi richiamati dalla legge.

E' dubbio quindi se possa ammettersi la responsabilità per la partecipazione della persona giuridica ad un reato transnazionale che coinvolge un gruppo criminale organizzato, senza che al contempo la persona giuridica stessa possa dirsi partecipe del reato associativo, quanto meno nella forma del concorso esterno. Sembra che in questa situazione la legge di ratifica escluda che la persona giuridica possa essere chiamata a rispondere del reato transnazionale.

In definitiva l'effetto pratico della Convenzione contro il crimine organizzato per quanto concerne la responsabilità delle persone giuridiche è limitato alla introduzione della perseguibilità, ai sensi dell'intera normativa sulla responsabilità amministrativa degli enti, richiamata dall'art 10 comma 10 della legge 146\2006, dei delitti associativi e dei delitti concernenti il traffico di migranti. Peraltro l'effetto innovativo si estende all'applicabilità della normativa convenzionale a tutti i reati per i quali è prevista dalla legge italiana la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche in quanto il reato presenti le caratteristiche della transnazionalità.

Al quesito, quindi, se la persona giuridica debba rispondere dei reati transnazionali commessi dai partecipanti all'associazione criminale della cui attività la persona giuridica debba dirsi responsabile, ovviamente in quanto questi reati rientrano tra quelli per i quali è prevista la responsabilità amministrativa degli enti e alle condizioni previste dalla legge che fonda tale responsabilità, la risposta deve essere affermativa.

Ciò in base al tenore letterale del primo comma dell'art 10 della legge 146 che prevede la responsabilità amministrativa degli enti per tutti i reati previsti dall'art 3 per i quali vale la definizione di reato transnazionale. Tuttavia poiché i commi successivi dell'art. 10, nel fissare le sanzioni per i reati transnazionali richiamati non prevedono alcuna sanzione specifica per i reati diversi da quelli espressamente menzionati, la legge finisce di fatto con il restringere notevolmente l'area dei reati transnazionali per i quali la persona giuridica può essere chiamata a rispondere. Conviene tuttavia ribadire che per i reati per i quali è prevista nell'ordinamento interno la responsabilità della persona giuridica, essa deve ritenersi ammissibile, a maggior ragione, nel caso in cui il reato presenti le caratteristiche della transnazionalità.

Alcuni autori hanno già rilevato questa non corrispondenza per difetto tra l'art 10 della legge di ratifica e l'art 10 della Convenzione, il cui ambito di applicazione risulta, come visto, più ampio di quello di cui al precedente art. 3, al quale la legge nazionale fa espresso riferimento per definire l'ambito del reato transnazionale e la conseguente portata della responsabilità

dell'Ente. Tale non corrispondenza, rilevabile fundamentalmente nella mancata estensione della responsabilità delle persone giuridiche a tutti i reati gravi di carattere transnazionale che coinvolgono un gruppo criminale organizzato, potrebbe dare luogo ad un profilo di illegittimità costituzionale per violazione dell'art 117 comma primo della Costituzione.

Ovviamente il principio di stretta legalità fa sì che la responsabilità delle persona giuridica sussista solo in relazione alle ipotesi di reato tassativamente richiamate. I soli margini lasciati all'interprete sono quelli prima indicati: ammissibile la responsabilità per i reati transnazionali per i quali è prevista nel diritto interno la responsabilità della persona giuridica. Viceversa responsabilità (della persona giuridica) per i reati associativi e per gli altri reati di cui all'art. 10 anche nei casi in cui non presentino le caratteristiche della transnazionalità.

Non manifestamente infondata si presenta ex art 117\1 della Costituzione la questione di legittimità costituzionale dell'art 10 l. 146\2006 per il mancato recepimento della disposizione dell'art 23 sull'intralcio alla giustizia e sulla conseguente limitazione della responsabilità della persona giuridica per questo reato, sia quando presenti carattere transnazionale che quando tale carattere esso non abbia. Si tratta tuttavia di verificare casi e modi per proporre una questione che passi il vaglio di ammissibilità.

Sin dai primi commenti alla legge si è sottolineata la "strana" omissione nell'art 10 di ogni richiamo alla interpolata disposizione di cui all'art 377 cp, dal legislatore, ridefinita "intralcio alla giustizia" in forza del successivo art. 14 comma 1 della legge in esame, nonostante l'obbligo di incriminazione della relativa condotta sia stato ritenuto tra quelli maggiormente rilevanti nell'ambito del dispositivo convenzionale (ai sensi dell'art 23), assieme alla corruzione, al riciclaggio ed alla partecipazione ad una organizzazione criminale. Ancora più a monte rileva, dal punto di vista della violazione degli obblighi internazionali, la mancata formulazione della fattispecie di intralcio alla giustizia sotto tutti i profili previsti dalla Convenzione

4. REATO TRANSAZIONALE E GIURISDIZIONE INTERNA

Per superare ogni residua incertezza circa l'ambito di applicazione della Convenzione e la portata delle norme incluse nella legge che ne ordina l'esecuzione, è essenziale stabilire se ed in quali casi le situazioni descritte dall'art 3 della Convenzione e che definiscono la natura transnazionale del reato siano ugualmente rilevanti per la giurisdizione interna in relazione alla tendenziale universalità della legge penale italiana.

Sappiamo che la disciplina dedicata dal codice penale italiano all'efficacia della legge penale nello spazio esprime adesione a detto principio, essendo essa applicabile a tutti i fatti dalla legge italiana previsti come reato da chiunque e contro chiunque commessi, ad eccezione di una ristretta gamma di reati (art 9 e 10 cp).

Solo per i fatti interamente commessi all'estero sono previsti, talora, ostacoli di natura processuale alla perseguibilità del reato. Secondo i casi, la presenza dell'autore nel territorio dello Stato dopo la commissione del reato, determinate condizioni di procedibilità (richiesta,

istanza querela) ovvero la mancata estradizione dell'autore del fatto, sempre che il fatto sia previsto come reato oltre che dalla legge straniera anche da quella italiana.

Le implicazioni del modello che definisce il reato transnazionale non sembrano sufficientemente coordinate sul piano logico-sistematico con i generali principi fissati dagli art 6\2 e 7 cp in ordine ai rapporti e alle possibili interferenze tra reati che il nostro ordinamento considera commessi all'estero e quelli che invece considera commessi nel territorio dello Stato.

In particolare nel caso di reato commesso in più di uno Stato secondo la previsione dell'art art 3 lett. a della Convenzione, tale qualificazione giuridica deve essere fatta in base alle regole stabilite dall'ordinamento italiano in tema di determinazione del luogo di commissione del reato.

Secondo l' art 6 comma 2 c.p., il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando in esso l'azione od omissione costituente reato è avvenuta in tutto o in parte ovvero si è verificato l'evento tipico (ubiquità).

Va quindi operato il coordinamento tra l'art 6 c.p. e l'art 3 l. 146\2006 che definisce i criteri della transnazionalità.

In tutta una serie di casi definiti dalla norma codicistica la nozione di transnazionalità non serve a radicare la giurisdizione nazionale perché il nostro ordinamento considera già il fatto come commesso in Italia.

L'art 15 della Convenzione dispone che gli Stati parti debbano determinare la propria giurisdizione per i reati di criminalità organizzata, riciclaggio, corruzione e intralcio alla giustizia quantomeno allorché il reato sia commesso nel territorio nazionale o a bordo di nave o velivolo nazionale ovvero quando il reato sia comunque commesso in danno di un cittadino o da un cittadino o apolide residente abitualmente. Inoltre, quando il reato di partecipazione a gruppo criminale organizzato sia commesso all'estero con il fine di commettere un reato grave nel territorio nazionale ovvero quando si commette all'estero il reato di ricettazione di provento di reato ovvero quando una fattispecie di partecipazione, associazione, accordo, tentativo di commettere una delle fattispecie di riciclaggio previste dall'art 6 della Convenzione sia commesso all'estero ma al fine di commettere ovunque una qualsiasi delle fattispecie di ricettazione o riciclaggio.

In ogni caso la giurisdizione dello Stato Parte, in relazione ai reati previsti dalla Convenzione deve sussistere quando il presunto autore si trova sul suo territorio e lo Stato non lo estrada.

Questa previsione dovrebbe valere anche per la responsabilità della persona giuridica nazionale che, come sappiamo, è autonoma da quella della persona fisica.

Queste previsioni vanno coordinate con le previsioni degli art 9 e 10 del c.p. che concernono i reati commessi all'estero dal cittadino e dallo straniero. Queste disposizioni non sono rilevanti in quanto anch'esse non prevedono il reato transnazionale ma il reato commesso all'estero, rispetto al quale lo Stato italiano ritiene di potere esercitare la sua giurisdizione alle condizioni previste dalla legge interna.

E' evidente che in tutti i casi in cui la Convenzione richiede l'attivazione della giurisdizione nazionale in relazione ai reati transnazionali previsti dalla stessa, ovunque si considerino

commessi, non sono applicabili le specifiche previsioni degli art. 7-8-9-10 cp che si limitano a disciplinare il reato commesso all'estero ma non il reato transnazionale.

Allo scopo di definire se ci troviamo di fronte ad un reato associativo nazionale secondo le previsioni dell'art 6 cp, di un reato commesso all'estero ovvero di un reato transnazionale, secondo i criteri previsti dall'art 3 della legge 146/2006, si può fare ricorso ai criteri adottati per stabilire la competenza territoriale in ordine al locus commissi delicti di un reato associativo nazionale, quando l'attività dell'associazione si svolga in diverse parti del territorio nazionale ed in tali parti l'associazione abbia basi organizzate e nuclei operativi.

In tale materia è pacifico che il criterio di competenza territoriale fondato sul luogo di costituzione dell'associazione subisce la forte concorrenza dei diversi luoghi in cui si manifesta l'attività delittuosa dell'associazione, in particolare di quelli in cui tale attività diventa percepibile. Tali diversi criteri, fuori dai casi di cui agli art 6 e ss cp che servono soltanto a determinare quando si ha la giurisdizione italiana in base alle norme interne per un fatto che presenta elementi di extraterritorialità, consentono di definire le situazioni che integrano l'insorgenza di un reato transnazionale, secondo i criteri del secondo comma dell'art 3 della Convenzione che riguarda i casi in cui le manifestazioni esistenziali e operative di un gruppo criminale organizzato si concretino in più di uno Stato .

Pluralità di centri operativi del sodalizio, pluralità di luoghi di consumazione dei reati scopo; pluralità di luoghi di manifestazione della vitalità dell'associazione anche con riferimento alla realizzazione in più luoghi delle operazioni preparatorie organizzative ed esecutive dei reati, determinano una proliferazione dei luoghi interessati dall'attività del gruppo criminale organizzato che in caso di luoghi posti Stati distinti produce il fenomeno del crimine transnazionale.

In definitiva il confronto tra le disposizioni nazionali che fissano la giurisdizione nazionale nel caso in cui il fatto abbia elementi di extraterritorialità ed i criteri che determinano la giurisdizione in caso di reato transnazionale, porta a stabilire che l'art 6 c.p. e l'art 3 della Convenzione guardano al problema della giurisdizione da una prospettiva diversa.

Il primo rispecchia il punto di vista dell'ordinamento interno (a quali fatti esso estende la propria giurisdizione); la norma della legge di ratifica assume invece un punto di vista internazionale per identificare come sempre rilevante per l'ordinamento interno un reato che - laddove sia coinvolto in esso un gruppo criminale organizzato, sia commesso in più Stati o di cui una parte sostanziale sia commessa in uno anche se la commissione si compia in un altro - potrebbe non rientrare nella giurisdizione interna ai sensi dell'art 6 cp.

Per l'art 6/2 rileva la circostanza che il reato interessi il territorio italiano, oltre a quello di altri stati, elementi entrambi necessari per aversi la giurisdizione nazionale.

Per l'art 3 della legge 146 rileva invece la circostanza di fatto che il reato interessi territori di più Stati, essendo indifferente che esso interessi o meno anche quello dello Stato italiano.

Ciò esprime una qualificazione di necessaria indifferenza dei criteri interni per la determinazione della giurisdizione quando si tratta di reati transnazionali.

Si ha quindi reato transnazionale rilevante per l'ordinamento italiano quando il fatto è commesso in più di uno Stato e anche se in ipotesi non fosse in concreto applicabile la norma incriminatrice italiana.

E' quindi irrilevante ai fini dell'attuazione della Convenzione la sussistenza della giurisdizione italiana, purchè si sia fatto ciò che la Convenzione prescrive per attivare tale giurisdizione.

La norma assume la funzione di norma di diritto penale internazionale in negativo. Afferma l'irrelevanza del difetto di giurisdizione italiana sui fatti in essa contemplati e conferisce autonomamente ad essi "rilevanza giuridica".

Sotto il profilo della rilevanza per la responsabilità delle persone giuridiche, ciò potrebbe voler dire che nel caso di una persona giuridica italiana coinvolta in un reato transnazionale per il quale la giurisdizione italiana non si eserciti nei confronti degli autori del reato, questa potrebbe essere sottoposta a giudizio nonostante l'azione penale nei confronti degli autori del reato da parte della giurisdizione nazionale non si eserciti. Ciò malgrado la previsione dell'art 37 della dlgs 231 e sempre che l'azione per la responsabilità della persona giuridica non sia stata iniziata in uno stato che prevede l'esercizio dell'azione di responsabilità anche per le persone giuridiche aventi sede in altro Stato.

5. LA TRADUZIONE DEL GRUPPO CRIMINALE ORGANIZZATO NELLE FATTISPECIE ASSOCIATIVE GIA' PRESENTI NELL' ORDINAMENTO INTERNO

E' noto come nel nostro ordinamento non esista una nozione generale di criminalità organizzata. Esistono una pluralità di fattispecie associative in relazione alle quali la legge ha ora esteso tassativamente la responsabilità delle persone giuridiche. La convenzione di Palermo sul crimine organizzato transnazionale non intendeva formulare precise fattispecie di reato ma fornire semplicemente uno schema di condotte rilevanti dal punto di vista criminologico e del rilievo per i beni giuridici da tutelare, nell'ambito delle quali costruire le fattispecie tipiche da introdurre nelle legislazioni nazionali. La nozione di criminalità organizzata, pur priva di un riscontro positivo, trova nelle fattispecie tipiche del nostro ordinamento dei punti di riferimento per la sua elaborazione in termini teorici generali.

Tutto ciò non ha peraltro impedito al legislatore di introdurre una definizione di gruppo criminale organizzato che non ha specifico riscontro nella parte speciale del codice penale, tanto che poi per individuare positivamente la responsabilità delle persone giuridiche si è giustamente ripiegato sulle fattispecie tipiche esistenti che soddisfano ampiamente le esigenze della Convenzione.

Questa non obbliga ad introdurre norme destinate alla repressione di determinati reati in quanto di natura transnazionale e quindi ad inserire nella legislazione nazionale previsioni autonome corrispondenti a quella di gruppo criminale organizzato, rilevanti sotto il profilo della transnazionalità dell'agire. Si limita a chiedere norme di repressione di fenomeni criminali che possono assumere anche carattere transnazionale ma che devono essere punite indipendentemente da tale carattere.

Interessa alla Convenzione che ciascuno Stato possa reprimere sul proprio territorio le condotte indicate: art 34\2 Convenzione, prima richiamato.

Si tratta della disposizione che induce a ritenere l'estensione della responsabilità delle persone giuridiche ai reati associativi "indipendentemente dalla natura transnazionale o dal coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato".

E' stato sin dall'inizio osservato come non vi sia coincidenza tra ambito di applicazione della Convenzione ed ambito dell'obbligo di incriminazione.

Il complesso degli strumenti convenzionali si attiva se i reati di riferimento assumono carattere transnazionale ma l'efficacia di quest'attivazione è condizionata alla circostanza che ciascuno Stato sia nelle condizioni di reprimere quei reati esercitando la propria giurisdizione.

La prospettiva della repressione è quella della divisione del lavoro tra Stati sovrani operanti con propri strumenti armonizzati in base alle disposizioni internazionali.

Alcuni commentatori hanno osservato come il legislatore italiano abbia scambiato l'ambito dello strumento internazionale con il contenuto dell'obbligo d'incriminazione.

Quanto al profilo esegetico e sistematico della definizione, se ne è denunciata l'inutilità o la potenziale dannosità, in quanto evocatrice di una categoria dommatica allo stato inesistente e di difficile enucleazione a livello di teoria generale del reato.

La questione centrale concerne, tuttavia, più semplicemente, l'idoneità delle nostre fattispecie associative a soddisfare le esigenze dello strumento internazionale. Non sembra allo stato che limiti in questo senso siano stati evidenziati, se si considera l'ampia e approfondita esperienza della giurisprudenza con fattispecie tipiche che vengono in generale ricondotte nel loro insieme alla nozione di criminalità organizzata, essendo l'organizzazione l'elemento distintivo tipico e minimo di tutte le fattispecie associative presenti nell'ordinamento.

6. LA NOZIONE DI REATO TRANSNAZIONALE

Si è detto che la nozione di reato transnazionale recepita sia nozione confusa che richiede una defatigante esegesi interpretativa dai risultati arbitrari. Altrettanto per gli elementi di cui essa consta, nessuno dei quali con significato tecnico a noi familiare.

Tale composita nozione non può che essere intesa nel senso letterale, più ampio, ma in tal modo resta piuttosto indeterminata:

- a) Non sarebbe chiaro in primo luogo il concetto di "coinvolgimento" di un gruppo criminale organizzato (quest'ultimo desumibile dall'art 2 della Convenzione: termine atecnico.) Potrebbe voler dire che il reato sia commesso nell'ambito della *societas sceleris*, come reato-scopo, da parte di partecipanti o anche su mandato di questi, come anche al caso in cui il gruppo sia comunque interessato dal reato in quanto a suo favore si producano effetti vantaggiosi. Ciò farebbe pensare ad una relazione anche occasionale del gruppo con il reato. Lo stesso dicasi per il concetto di gruppo "implicato" nel reato commesso in uno Stato.
- b) Non chiara, ancora, appare l'interpretazione dell'art 3 lett. b): il nostro ordinamento non conosce parti "sostanziali" di condotte. La disposizione postula il frazionamento dell'iter

criminis e l'identificazione di condotte preparatorie o di assistenza all'esecuzione. La condotta deve svolgersi attraverso atti parzialmente tipici. Si può, poi, prendere in considerazione la parte di condotta efficace sotto il profilo causale rispetto alla commissione del reato; gli atti muniti di una tale efficacia possono essere realizzati in un luogo diverso da quello di commissione del reato (si pensi ad una centrale operativa con sistema di controllo satellitare che pianifica o dirige le attività degli associati all'estero)

- c) Anche il concetto di Gruppo organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato si presta ad incertezze interpretative: si può pensare alla provata commissione in più Stati dei reati scopo, con esclusione di contatti con altre organizzazioni criminali. Ma si può anche dare corso ad una interpretazione estensiva per la quale sarebbe sufficiente che l'organizzazione criminale potesse contare su referenti e contatti organizzativi in più Stati attraverso il collegamento operativo con organizzazioni operanti in tali altri Stati.

Va poi tenuta distinta la condotta costitutiva del gruppo criminale organizzato da quelle connesse alla realizzazione di specifici reati transnazionali. La qualificazione del gruppo come transnazionale è un concetto giuridico altro rispetto alla qualificazione come tale del reato commesso.

Non è poi chiaro poi cosa debba intendersi per effetti sostanziali prodotti dal reato: un apprezzabile, diretto, prevedibile effetto verso o sul territorio dello Stato sia con riferimento all'offesa criminale in senso stretto che in relazione ai danni patrimoniali e non, con esclusione del solo allarme sociale per quanto imponente.

Come si vede, l'esegesi dell'art 3 della Convenzione, recepito pedissequamente nella legge di ratifica, richiede un'attenta e completa analisi, se si considera che la responsabilità della persona giuridica per i reati associativi si fonda anzitutto sul carattere transnazionale dei reati per i quali l'art 10 prevede la sua responsabilità.

7. COME PUO' ATTUARSI IL COINVOLGIMENTO DELLA PERSONA GIURIDICA NEI REATI ASSOCIATIVI TRANSNAZIONALI.

Se per un attimo sgombriamo il terreno dai dubbi sull'effettiva ampiezza del campo di applicazione dell'art 10 della legge 146 e della Convenzione, se ai soli reati transnazionali o a anche a quelli che tale carattere non presentano, si deve osservare che la responsabilità della persona giuridica sussiste se il reato associativo è commesso da soggetti apicali o non apicali ma alle dipendenze dell'ente. Il primo requisito per riconoscere la responsabilità dell'ente è che uno dei soggetti individuati dall'art 5 del decreto legislativo 231 sia stato ritenuto responsabile di partecipazione ad una delle associazioni criminose tassativamente indicate dalla legge.

Indiscussa tale premessa, si è osservato come possa riuscire difficile pensare ad una condotta associativa che in quanto tale possa dirsi realizzata nell'interesse o a vantaggio dell'ente (interesse o vantaggio che potrebbero invece derivare senz'altro dai reati scopo commessi dall'associazione). Sempre in questa prospettiva si è detto che obiettivo della previsione potrebbe essere di dissuadere l'ente dall'assumere associati per delinquere alle proprie

dipendenze. E' noto che in zone infestate dalla criminalità organizzata una delle modalità per le imprese di venire a patti con le organizzazioni criminali protagoniste del controllo mafioso sulle attività economiche, consiste nell'assumere affiliati, garantendo loro un reddito in cambio della protezione e degli altri servizi che l'organizzazione può accordare. Si è affermato che anche questa situazione potrebbe non necessariamente integrare il requisito del vantaggio. Anzi potrebbe a più forte ragione valere qui l'argomento dell'impresa vittima e danneggiata dall'estorsione mafiosa.

Una valutazione più attenta della fenomenologia dei rapporti tra imprese e criminalità organizzata mette in luce come la questione del vantaggio derivante all'impresa dal poter disporre ai vari livelli dell'organigramma aziendale di soggetti affiliati a gruppi di criminalità organizzata non ha neppure ragione di porsi, posto che è proprio dall'affiliazione all'associazione, e non solo con i proventi e i vantaggi dei reati fine, che i vertici dell'impresa ricavano i benefici che l'associazione è in grado di procurare, violando le regole di mercato e distortendo le relazioni commerciali in applicazione del metodo mafioso: appalti pilotati, commesse garantite, forniture a basso costo, dipendenti fedeli, disponibilità di capitali a buon mercato. L'impresa che entra a fare parte di una costellazione mafiosa, fruisce per questo solo fatto dei vantaggi che spettano a chi può entrare a far parte di un consorzio in grado di fornire fattori produttivi e mercati in condizioni di privilegio. Non è un caso che i principali esponenti di consorterie mafiose siano titolari o gestiscano direttamente o tramite prestanome imprese fiorenti sul mercato legale.

L'inclusione dei reati di criminalità organizzata tra i reati presupposto della responsabilità amministrativa delle società non è quindi irragionevole nel quadro dei criteri generali previsti per l'attribuzione di tale responsabilità.

E' ormai di comune esperienza che la presenza sul territorio dell'Unione europea di un unico mercato, l'abolizione delle frontiere interne, la libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone, l'allargamento ai Paesi dell'Est e la forte disomogeneità dei sistemi repressivi, degli apparati giudiziari e di polizia e della legislazione penale e processuale, costituiscono fattori che sono inevitabilmente sfruttati dalla criminalità organizzata.

Le organizzazioni mafiose hanno raggiunto un grado di maturità ed una capacità di accumulazione tali da rendere inevitabile il loro straripamento nell'economia legale.

I comportamenti criminali obbediscono alle leggi dell'economia e si adeguano alle occasioni di guadagno offerte dalla società, secondo la logica del massimo profitto con il minor rischio possibile. Saturati i mercati illegali, l'intervento nei mercati legali è il naturale sviluppo della logica che presiede alle attività criminali.

Le organizzazioni criminali si sono progressivamente trasformate secondo due direttrici principali: mimetizzazione delle strutture criminali e progressiva assunzione delle modalità operative dell'impresa legale.

Al contempo la holding criminale attraverso propri segmenti organizzati in forma d'impresa continua a conservare il monopolio sui mercati illegali, espandendosi attraverso il rovesciamento del tradizionale rapporto aggressore-vittima, privilegiando delitti nei quali il modello criminologico consiste nell'offerta sul mercato unico europeo di prestazioni o prodotti

illeciti a persone consenzienti, portatrici di una domanda crescente di tali prestazioni (prostituzione, contrabbando, stupefacenti, prodotti contraffatti, ingressi clandestini).

Le organizzazioni criminali hanno sfruttato la forte domanda di servizi illeciti, privilegiando questo genere di traffici. Si tratta di reati fortemente remunerativi i cui proventi, con l'imponente massa di denaro che ne consegue, impongono un'indispensabile diversificazione degli impieghi. Alcuni capitali saranno reinvestiti nelle attività criminali ma una cospicua parte potrà essere impiegata nel finanziamento di imprese formalmente lecite, anche se finanziate con denaro sporco. Si dà corso così a quel settore di mercato denominato "economia mafiosa". La necessità di reimpiego dei proventi della criminalità organizzata deriva dall'essere le diverse imprese, quelle clandestine e criminali e quelle legali, componenti dell'unica società holding, costituita dall'associazione mafiosa. Inserire un'impresa legale nella sfera di influenza di una holding mafiosa, pur senza fare perdere la sua identità al soggetto, è comunque produttivo di profitti aggiuntivi a causa delle prestazioni esclusive che il socio mafioso è in grado di apportare al soggetto economico. Tutto ciò senza contare che la completa mimetizzazione imprenditoriale del mafioso gli consente l'ingresso nel mondo della finanza, e spesso di acquisire consenso sociale rispetto e solidarietà. I capitali disponibili agevolano le attività corruttive o anche semplici attività di lobbying. Non vi sarà necessità di intimidire o uccidere ma sarà più facile comprare parlamentari, giornalisti e giudici, condizionare le elezioni, ottenere leggi favorevoli per il settore mercantile nel quale l'impresa legale si trova ad operare con moltiplicazione dei profitti, a discapito non più solo dell'ordine pubblico ma anche dell'ordine economico e soprattutto dell'ordine democratico.

Questo primo timido passo consistente nell'inserimento nel sistema penale della responsabilità della persona giuridica per i reati di criminalità organizzata, ci chiama quindi ad esplorare sul piano dei meccanismi giuridici e dell'applicazione dei metodi della repressione penale quei complessi meccanismi societari che vedono la penetrazione nell'economia legale dei capitali mafiosi tramite società che si aprono ad alleanze con "società" mafiose. Si tratta della frontiera più avanzata del contrasto alla criminalità organizzata.

8. IL GRUPPO CRIMINALE ORGANIZZATO COME CONCETTO DI SINTESI DELLE DIVERSE IPOTESI ASSOCIATIVE TIPICAMENTE PREVISTE NEL NOSTRO ORDINAMENTO ED IN PARTICOLARE DI QUELLE PREVISTE NELL'ART 10 DELLA LEGGE 146\2000. NON RICONDUCIBILITA A TALE NOZIONE DELLE SINGOLE FATTISPECIE TIPICHE.

La responsabilità amministrativa dell'ente in relazione al reato transnazionale nel quale sia configurabile uno dei delitti di cui al secondo comma dell'art. 10 scaturisce nella sostanza dalla partecipazione di uno dei soggetti di cui all'art 5 del decreto 231 ad un gruppo criminale organizzato come definito dall'art. 5 della Convenzione.

Si è detto delle critiche di una parte della dottrina all'impiego di questo concetto normativo tuttora privo di basi solide sul piano teorico generale.

Vi è peraltro chi ha provato a fornire una ricostruzione teorica della nozione di gruppo criminale organizzato. E secondo il modello proposto da questa dottrina, i reati per i quali la legge

interna prevede la responsabilità amministrativa dell'ente (i quattro reati associativi richiamati dall'art. 10 della legge 146) richiedono tutti il requisito dell'organizzazione, individuato come elemento comune alla nozione di gruppo criminale organizzato tenuto presente dalla Convenzione.

Secondo questa teoria la nozione di gruppo criminale organizzato definisce la responsabilità per la relazione personale con la dimensione organizzativa di un'attività delittuosa, considerata in generale e distintamente dalla responsabilità per i singoli delitti.

Il riferimento è alla teoria generale dell'organizzazione: organizzazione è la coordinazione di una pluralità di elementi e di contributi nello svolgimento di una qualsiasi attività. L'organizzazione è una categoria della complessità.

Quest'ultima sarebbe l'oggetto e il risultato (e il metodo) del molteplice, multifattoriale e contestuale.

Complessità non organizzata è l'analisi dei flussi. Complessità organizzata e l'analisi dei sistemi. Il sistema può essere definito come un complesso permanente di dinamiche e quindi di attività coordinate, il complesso delle relazioni funzionali (stabili) che lo costituiscono.

Organizzazione è nozione diversa da organismo, in quanto costituita da unità di potere cosciente, di soggetti liberi nelle scelte e nelle decisioni.

L'organizzazione è un movimento, una dinamica: non va confusa con l'organigramma che ne è la mera rappresentazione formale. Essa è definita dal complesso delle relazioni funzionali che vi concorrono.

La partecipazione all'organizzazione è perciò costituita dalla relazione funzionale stabile con la struttura e l'attività dell'associazione, tale che gli altri soggetti possono fare affidamento e fanno affidamento sulle prestazioni del singolo che non devono essere negoziate di volta in volta: il soggetto è elemento dell'organizzazione.

Nel concorso esterno la prestazione deve essere invece negoziata ma anche il contributo esterno contribuisce a sostenere e rafforzare l'organizzazione e al perseguimento dei suoi fini.

Il concetto di criminalità organizzata esprime da un lato la struttura e l'attività organizzativa di delitti; dall'altro l'attività delittuosa realizzata in forma sistematica dalla struttura organizzativa stabile costituita da una pluralità di persone.

Nella globalizzazione per l'omogeneizzazione internazionale dei sistemi, si esige l'adozione di categorie giuridiche e modelli argomentativi semplici tali da essere fruibili nei diversi sistemi e nelle diverse culture.

Una forma di criminalità organizzata è definita dai delitti realizzati nel contesto della dimensione organizzativa stabile.

La responsabilità per il contributo all'organizzazione presuppone la consapevolezza della funzionalità rispetto all'attività delittuosa considerata in generale, una consapevolezza più generica di quella richiesta per il singolo delitto.

Essa presuppone la coscienza della tipologia dell'attività delittuosa, ovvero della funzionalità rispetto a questa del contributo fornito.

Se dunque l'elemento dell'organizzazione appare elemento indefettibile della materia oggetto della Convenzione ONU, esso ha un indubbio riscontro nelle fattispecie associative tipiche

previste nel nostro ordinamento. Viceversa non tutti gli altri elementi delle fattispecie ai quali la Convenzione attribuisce il carattere di partecipazione a gruppo criminale organizzato trovano preciso riscontro nelle fattispecie di reato interne. Se ne è tratta la conclusione che le fattispecie criminose previste nel nostro ordinamento, anche quando presentano le caratteristiche della transnazionalità non sempre coprono l'area della nozione di gruppo criminale organizzato secondo le diverse ipotesi dell'art. 5. E sappiamo che l'esistenza di un reato riconducibile ad un gruppo criminale organizzato ai sensi della Convenzione è l'altro requisito previsto perché le regole della Convenzione possano entrare in gioco. E' vero pure il contrario: la Convenzione è talora meno stringente della norma nazionale.

Si è osservato in particolare non esservi coincidenza tra la previsione di *gruppo criminale organizzato* e l'associazione per delinquere. La definizione contenuta nell'art. 2 della Convenzione Onu, pur prevedendo un identico numero minimo di associati, non richiede un generico programma criminoso relativo ad una pluralità indeterminata di delitti ma si accontenta di un'organizzazione criminosa finalizzata alla realizzazione di *uno* o più reati. Stando alla lettera dell'art. 2, ai fini dell'accertamento della sussistenza di un gruppo criminale organizzato è sufficiente che l'aggregazione illecita sia diretta alla commissione di un solo reato.

Inoltre, la definizione di gruppo criminale organizzato si riferisce ad un insieme strutturato di individui non necessariamente ad un sodalizio protratto nel tempo, "con la sola esclusione di aggregazioni fortuite per la commissione estemporanea, e dunque senza preparazione o improvvisata, del reato grave"; diversamente, l'associazione per delinquere richiede un vincolo associativo tendenzialmente stabile o permanente.

E, ancora, la normativa sovranazionale esige che l'associazione illecita persegua (direttamente o indirettamente) "un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale", con ciò introducendo un requisito che non è presente nella descrizione della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416 c.p.

Una simile distanza logica e normativa tra la previsione convenzionale e la definizione legislativa di associazione per delinquere potrebbe dover comportare nell'interpretazione della modalità transnazionale del reato nell'accezione della n. 146/2006, un'autonomia concettuale della nozione di gruppo criminale organizzato.

Si è quindi osservato, in contrasto con altre opinioni, come quello di gruppo criminale organizzato non sia affatto un concetto teorico impropriamente riportato in un testo di legge, ma una nozione di diritto positivo che integra il sistema delle norme penali agli effetti giuridici previsti dalla normativa internazionale e da quella interna di recepimento. Attraverso il combinato disposto dell'art. 3 della l. n. 146/2006 e dell'art. 2 della Convenzione Onu, la definizione di *gruppo criminale organizzato* si aggiunge ad una serie di nozioni di diritto penale interno, nelle quali, nondimeno, rileva la plurisoggettività. Tali figure si sostanziano, per esempio, nelle figure dell'*associazione* (art. 416 c.p., art. 416-bis c.p., art. 74 d.P.R. n. 309/1990), del *gruppo* (art. 609-octies c.p. ovvero l'art. 3 l. n. 654/1975 che utilizza alternativamente le nozioni di *gruppo* e di *movimento*), dell'*organizzazione* (art. 3 l. n. 654/1975).

Il proliferare di indicazioni normative comporta incertezza nell'esegesi delle condotte criminose e, più in generale, vistose difficoltà nella determinazione dei confini del fatto tipico delle disposizioni incriminatrici. In altri termini, nelle valutazioni astratte di disvalore, formalizzate in fattispecie incriminatrici, diviene sempre più complesso distinguere l'ambito lecito da quello illecito.

Inoltre, la divergenza tra la nozione di gruppo criminale organizzato e la previsione dell'associazione per delinquere rileva, sotto un profilo pratico, se si considera che l'art. 416 c.p., come sappiamo, è ora nel novero dei reati - presupposto della responsabilità dei soggetti collettivi.

Nel caso di responsabilità per il carattere transnazionale dell'associazione occorre verificare se gli elementi indicati nell'art. 3 della l. n. 146/2006 siano tutti ricompresi nel fatto, secondo le linee interpretative indicate, con riferimento all'esistenza e all'operatività di un gruppo criminale organizzato: si impone, evidentemente, la prova di tutti i profili strutturali che lo caratterizzano e lo distinguono dall'associazione per delinquere (si consideri, per esempio, il perseguimento di un vantaggio finanziario o materiale).

Allo stesso modo, con riferimento all'art. 291-*quater* d.P.R. n. 43/1973, "l'inclusione del contrabbando di tabacchi lavorati esteri tra i reati transnazionali, avuto riguardo alla suddetta nozione allargata di gruppo criminale organizzato, è possibile nonostante non ricorra l'associazione contrabbandiera ex art. 291-*quater* del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43. Un reato quest'ultimo che non è compatibile con una marcata dequotazione del profilo organizzativo strutturale ed anzi l'espressa previsione del finanziatore tra i soggetti qualificati dell'associazione comporta un livello complesso di articolazione economico-finanziaria e i rapporti con i mercati esteri tradizionalmente fonti della provvista". Resta fermo che solo la contestazione del reato di associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri consente un'eventuale responsabilizzazione degli enti ai sensi dell'art. 10 della l. n. 146/2006.

In questi termini lo scollamento ravvisabile tra le previsioni associative esistenti nel nostro ordinamento giuridico e la nozione di gruppo criminale di cui all'art. 3 della l. n. 146/2006 assume rilevanti conseguenze in una prospettiva non solo teorica.

9. LA NECESSITA DI DISTINGUERE TRA CRIMINALITA' D'IMPRESA E IMPRESA CRIMINALE

Partendo dal rilievo secondo cui le forme più significative e offensive di illegalità sono quelle prodotte da strutture organizzate e che il criminale non opera più da solo ma si inserisce in complessi organigrammi illeciti, all'interno dei quali assume una specifica posizione e svolge determinati compiti, e muovendo dall'identità tra un tale modo di organizzarsi ed il modo di funzionamento dell'impresa, il cui paradigma organizzativo è quello di "attività economica finalizzata al profitto", appare ragionevole la considerazione che la legalità e l'illegalità operano in binari simili ma paralleli: accanto alle imprese lecite esistono anche vere e proprie imprese illecite. È ipotizzabile che tali binari scorrano parallelamente senza alcuna connessione ma abitualmente si assiste ad una sovrapposizione dei due piani. Come già osservato, il principale

punto d'incontro sta nel fatto che l'impresa illegale si avvale di quella legale per *reimpiegare* i propri profitti illeciti e, conseguentemente, ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa degli stessi.

È da segnalare che all'espansione globale della delinquenza si ricollega la messa in crisi del principio di territorialità, quale espressione della sovranità statale. In altri termini, mentre il crimine navigando nella scia dell'economia travalica i confini degli Stati e tende ad un'espansione territoriale pressoché senza limiti, la politica e il diritto rimangono fortemente (e, talvolta, anche inutilmente) agganciati al territorio.

Le organizzazioni criminali, operando illecitamente in diversi Paesi, si sganciano dal legame con un luogo specifico e si collegano a diversi territori. In alcuni commettono i reati, in altri si collocano le cellule operative, in altri ancora si producono gli effetti dei comportamenti criminosi. La pluralità dei territori interessati dal crimine finisce con il delocalizzarlo: tutti i luoghi diventano nessun luogo.

L'aspetto problematico sta dunque nel recupero di un diritto sconfinato per una criminalità che ha già annullato i confini dello Stato

In questo senso, la l. n. 146/2006, in esecuzione alla Convenzione Onu del 2000, certamente rappresenta una possibile risposta al crimine organizzato inattuabile dalle giurisdizioni dei singoli e quindi di tutti gli Stati.

Il legislatore nazionale è chiamato a fronteggiare l'espansione delle aggregazioni criminali. La crescita delle fattispecie incriminatrici sul modello di associazioni criminose finalizzate alla realizzazione di specifici reati è indice di questa risposta.

Anche la recente responsabilizzazione delle persone giuridiche, in seguito all'introduzione del d.lg. n. 231/2001, nasce dall'indifferibilità di punire oltre alle persone fisiche anche gli enti, da intendersi quali soggetti che, se pur collettivi, sono titolari di interessi, di politiche economiche e, conseguentemente, di una capacità criminale diversa e distinta da quella dei singoli, in grado di nascondere e perseguire gli interessi criminali comuni ad una pluralità di soggetti. L'impresa societaria si presta particolarmente ad essere strumento della criminalità organizzata per la sua attitudine a svolgere in modo efficiente le proprie politiche di impresa siano esse lecite o illecite.

Diventa quindi indispensabile evidenziare la differenza esistente tra un'associazione illecita e un'impresa strutturalmente lecita che realizza specifici reati. Nella prima ipotesi, invero, l'aggregazione è criminosa ed è finalizzata a scopi illegali, nel secondo caso, invece, l'organizzazione è di per sé lecita e persegue fini che sono ammessi dall'ordinamento giuridico ma nello svolgimento dell'attività realizza determinati reati.

Si tratta di una distinzione di fondamentale importanza.

Sul punto si esercita da tempo la migliore dottrina, distinguendo tra associazioni illecite e illeciti delle associazioni, nel senso che "nel primo caso ... il precetto penale s'identifica *tout court* col divieto di promuovere, costituire, organizzare determinati tipi di associazione (o anche semplicemente di farne parte)". Invece, "nel secondo caso si tratta di associazioni in se stesse lecite, in relazione alle quali il reato si presenta come un fatto tutto sommato episodico e

marginale, o anche magari protratto nel tempo o reiterato con una certa frequenza, giammai, però come lo scopo unico ed esclusivo da perseguire.”

Secondo altri è indispensabile tracciare una linea di demarcazione "tra gli illeciti connessi all'attività dell'impresa societaria e l'eventuale atteggiarsi di quest'ultima quale organizzazione societaria di per se stessa illecita", in considerazione del fatto che l'art. 16, comma 3, del d.lg. n. 231/2001 stabilisce che "se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità è sempre disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività e non si applicano le disposizioni previste dall'art. 17". In altri termini, una distinzione tra l'associazione illecita e l'illecito commesso da una associazione è indispensabile posto che, ai sensi del suindicato art. 16 del d.lg. n. 231/2001, solo nella prima ipotesi occorre applicare l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività.

Alla luce di tale distinzione è apparso problematico il significato dell' inserimento di alcuni delitti associativi nell'elenco dei reati - presupposto della responsabilità degli enti ai sensi del d.lg. n. 231/2001. L'art. 10 della l. n. 146/2006, invero, sancisce la sanzionabilità delle persone giuridiche nel caso di commissione dei delitti previsti dagli artt. 416 (*Associazione per delinquere*) e 416-bis (*Associazione di stampo mafioso*) c.p., dall'art. 291-*quater* d.P.R. n. 43/1973 (*Associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri*) e dall'art. 74 d.P.R. n. 309/1990 (*Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope*), purché - per chi aderisce ad una prospettiva riduttiva non in linea con le disposizioni convenzionali - sia accertata la dimensione transnazionale di detti reati, secondo la definizione dell'art. 3 della legge 146\2006.

In queste ipotesi, evidentemente, il legislatore sovrappone due piani ontologicamente differenti, costringendo l'interprete ad un evidente sforzo esegetico che può portare a ritenere integrati i delitti suindicati solamente qualora l'apparato associativo criminale non coincida *tout court* con l'organigramma dell'impresa ma si inserisca all'interno di quest'ultima quale *sotto-aggregazione* illecita.

L'organizzazione in sé e per sé criminosa non rientra, infatti, nell'ambito di applicazione del dlgs 231\2001

In tale prospettiva, la previsione dell'art. 16, comma 3 del d.lgs sulla responsabilità degli enti deve intendersi nel senso che può ipotizzarsi che un'unità organizzativa dell'ente sia destinata allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità e, quindi, che l'ente incorra nell'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività; diversamente, risulta decisamente difficile configurare un soggetto collettivo stabilmente destinato alla realizzazione di illeciti stante la coincidenza dello stesso con una vera e propria organizzazione criminosa che, come tale, esula dal campo applicativo del *codice della responsabilità degli enti*.

Modena-Ferrara 15 giugno 2008

Francesco Caruso

