



Costituzionalismo.it

Fascicolo 1 | 2018

"UNITÀ E INDIVISIBILITÀ DELLA REPUBBLICA"

L'art. 41 della Costituzione nell'orizzonte del diritto penale dell'economia

di CARMELO RIZZO

L'ARTICOLO 41 DELLA COSTITUZIONE
NELL'ORIZZONTE DEL
“DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA”

di *Carmelo Rizzo*
Professore a contratto di Diritto penale
Università degli Studi di Salerno
Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali

ABSTRACT

ITA

Mettendo a fuoco il rapporto tra diritto penale dell'economia e art. 41 della Costituzione, si può ricostruire un bene giuridico di riferimento costituzionalmente rilevante e avere conferma della doverosa configurazione del diritto penale come *extrema ratio*.

EN

Focusing on the relationship between economic criminal law and article 41 of the Constitution, it is possible to draw a legal interest of constitutional relevance and confirm the due configuration of criminal law as the *extrema ratio*.

L'ARTICOLO 41 DELLA COSTITUZIONE
NELL'ORIZZONTE DEL
“DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA”

di *Carmelo Rizzo*

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *L'art. 41 della Costituzione nel suo contesto...*; 3. *...e nel “diritto penale dell'economia”*; 4. *Il carattere sussidiario della sanzione penale*; 5. *Considerazioni conclusive*.

1. Premessa

Una ricostruzione del “diritto penale dell'economia” nel contesto costituzionale chiama in causa fattori culturali e premesse storiche.

Da un lato, infatti, la peculiare connotazione scientifica del tema oggetto di indagine impone di valicare i confini dell'ambito penalistico strettamente inteso, richiedendo un approccio necessariamente integrato e multidisciplinare.

Dall'altro, le questioni prospettabili alimentano incertezze e inquietudini tipicamente riconducibili al “senso di disorientamento” che pervade il giurista contemporaneo al cospetto della corrosione dei principi e delle categorie che ne hanno segnato il percorso formativo. Deriva, questa, che può cogliersi nel complicato rapporto tra “diritto” ed “economia”, laddove gli interessi di matrice tecnico-finanziaria “premono” sull'ordinamento e diventano essi stessi “creatori” di regole giuridiche¹, così rendendo, per esempio, ancor più delicata la questio-

¹ Appare, in proposito, assai significativo che un illustre Autore – pur proteso a cogliere la fecondità di prospettive insita nel dischiudersi di nuovi orizzonti storico-giuridici, e, segnatamente, nell'affermarsi di un nuovo “pluralismo delle fonti”, da lui visto come superamento della pretesa statuale di monopolizzare e accentrare la produzione del diritto – abbia dovuto, comunque, formulare un rilievo critico di fondo, denso di dubbi e interrogativi. Questo, in particolare, allorché ha osservato che «la circostanza ormai diffusa di un potere economico che produce diritto pone un problema a qualsiasi operatore-giurista che abbia un minimo di coscienza etica: questi istituti, che nascono dalla pratica degli affari e che tendono ovviamente a garantire il maggior profitto possibile all'uomo di affari, tengono sempre conto di quel fondamento inabdicabile che tutto il diritto deve essere concepito come salvaguardia della persona umana, a tutela della persona umana? O in nome del profitto non si arriverà anche a stritolarla? Questi sono i grandi rischi del momento e

ne della tutela degli investitori e dei risparmiatori nello scenario di un «un mercato ‘liquido’ e immerso in una realtà globalizzata»².

D'altronde, il condizionamento economicistico delle scelte ordinali proviene anche dal sistema della “finanza pubblica”. Viviamo, infatti, in una realtà istituzionale gravata da ipoteche tecnocratiche che, in nome dell'emergenza finanziaria, sembrano precludere qualsiasi possibilità di discussione. Nondimeno, si tratta di una condizione inaccettabile per il giurista che operi nella cornice dello “Stato costituzionale di diritto”, poiché questa “appartenenza assiologica” impone di rivendicare sempre il primato dei principi costituzionali, in quanto parametri vincolanti sia per il legislatore sia per l'interprete.

Collocandosi sotto questo angolo visuale, è, dunque, possibile e necessario proporre una lettura critica degli attuali assetti del “diritto penale dell'economia” alla luce dell'art. 41 della Costituzione. E, per assolvere questo compito, occorre preliminarmente dar conto della ampia ed articolata portata contenutistica di questa norma costituzionale, vero e proprio fulcro di un settore dell'esperienza giuridica caratterizzato da equilibri rilevanti quanto precari.

2. L'art. 41 della Costituzione nel suo contesto...

Per comprendere il valore effettivo dell'art. 41 bisogna considerarne, innanzitutto, la formulazione letterale.

Esso afferma, al primo comma, che «*l'iniziativa economica privata è libera*»; successivamente stabilisce, al secondo comma, che «*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*»; infine sancisce, al terzo comma, che «*la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*».

Subito, si è colpiti dalla natura, nobile, compromissoria³ del testo normativo, nel quale sembrano confluire e comporsi, reciproca-

sono i rischi di un pluralismo che ha visto il potere economico in prima linea nel voler creare diritto». Così, P. GROSSI, *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Napoli, 2009, pp. 36-37.

² A. R. CASTALDO, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Il patto per la legalità. Politiche di sicurezza e di integrazione*, Assago- Padova, 2017, p. XIII.

mente arricchendosi, i tre grandi orientamenti culturali che animarono il dibattito in seno all'Assemblea costituente.

Tale tratto è, d'altronde, coerente con il pluralismo che, più in generale, caratterizza la nostra Carta fondamentale. Le Costituzioni contemporanee – e la nostra non fa eccezione – riflettono, infatti, società fortemente complesse, eterogenee e, sovente, conflittuali. Questa complessità si proietta nella struttura delle Costituzioni stesse, le quali, proprio perché aspirano a delimitare il quadro di svolgimento della dialettica politica, sono necessariamente il frutto di un «'patto' fra forze diverse ed opposte»⁴.

Anzi, può ritenersi che da questa convergenza di visioni differenti traggano la loro forza e la loro capacità di durata, intesa – quest'ultima – come attitudine ad assecondare normativamente l'evoluzione e il cambiamento delle esigenze sociali. E questa plurivalenza culturale può tradursi, sotto il profilo della tecnica redazionale adottata, nella «elasticità» delle disposizioni costituzionali, che viene definita come «susceptibilità di applicazioni diverse nel tempo»⁵.

Da questo punto di vista, l'art. 41 rappresenta un tipico esempio di disposizione «elastica». Tiene conto di esigenze diverse, espressive delle sensibilità dei differenti orientamenti ideologici in esso sintetizzati. E, perciò, presenta una stesura, culturalmente ed interpretativamente, aperta. Si presta, cioè, a plurime e diversificate letture, a seconda della istanza di valore che, in ragione dello sviluppo storico dei contesti politici e socio-economici di riferimento, si intenda privilegiare tra quelle veicolate dall'enunciato normativo.

Tuttavia, la messa in rilievo di una delle predette istanze non potrà determinare la assoluta obliterazione delle altre, poiché questa banda di oscillazione normativa incontra un limite minimo e inderogabile, dato dalla preservazione di un loro complessivo equilibrio assiologico.

³ Commentando la solennità del compromesso nel quale sono sintetizzati i valori costituzionali, osserva F.P. CASAVOLA, *La regola costituzionale come valore*, in AA. VV., *I valori della Costituzione italiana*, Napoli, 1996, p. 19: «Quel [...] 'promettere insieme' la costituzione unitaria di un patto, in cui tre diverse visioni dell'uomo e del mondo storico si sono perfettamente fuse, è il primo valore della Carta del 1948».

⁴ V. ONIDA, *Le Costituzioni. I principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, IV ed., Bologna, 1994, p. 94.

⁵ *Ivi*, p. 95.

La nostra Costituzione, grazie a questo suo carattere aperto, appare, fin dall'inizio, come un «fattore dinamico e di innovazione»⁶. Si mostra capace di rispondere al mutare degli assetti economici. Consente di legittimare soluzioni programmatiche differenti a seconda della identità politica del legislatore storico, sempre che l'indirizzo politico-legislativo prescelto si mantenga entro i limiti di compatibilità con i principi fondamentali.

E questa caratteristica rappresenta un indiscutibile pregio, a maggior ragione ai fini della disciplina dell'ambito economico, che presenta connotati di peculiare importanza e complessità: sia, intrinsecamente, per i suoi legami sistematici con le premesse ideologiche e le proiezioni teleologiche dello "Stato sociale" o "Stato del benessere" (il cosiddetto *Welfare State*), sia, fenomenicamente, in virtù del continuo e articolato evolversi delle sue dinamiche esplicative.

Naturalmente, è appena il caso di puntualizzare che le questioni specifiche sollevate da un esame analitico dell'art. 41 sono così dense di implicazioni e tanto ricche di significato, da risultarne pressoché impossibile una trattazione esaustiva in questa sede. Pertanto le mie osservazioni avranno carattere necessariamente approssimativo e brevilineo.

L'art. 41 riconosce la libertà dell'iniziativa economica privata, ma, nel contempo, la sottopone ad alcuni limiti. Ora, il problema giuridico di fondo consiste proprio nel comprendere quale sia il punto di equilibrio nella dialettica tra libertà d'impresa e limiti corrispettivi.

Come detto, il Costituente non ha inteso imbrigliare il legislatore predeterminando soluzioni programmatiche di segno univoco. Piuttosto gli ha offerto una gamma di possibili alternative, vincolandolo solo a mantenere, comunque, un temperamento tra i contrapposti interessi che risultano coinvolti dall'attività economica. Contemperamento che – come si vedrà – è richiesto dagli stessi principi fondamentali della Costituzione e, in particolare, da quella "promessa" di emancipazione dal bisogno che essa rivolge ad ogni persona, senza distinzioni.

Ad uno sguardo più ampio, il dibattito in sede di Assemblea costituente registrò, in materia economica, una vera e propria osmosi di posizioni e culture, poiché né le sinistre marxiste avanzarono richieste di esclusione in generale della proprietà privata dei mezzi di produzione, né i liberali ipotizzarono un annullamento dello Stato, né i cat-

⁶ *Ivi*, p. 100.

tolici pretesero di fondare in chiave giusnaturalistica i diritti patrimoniali⁷.

Vi era, piuttosto, un comune denominatore, dato dalla consapevolezza – storica, politica e culturale – dei rischi insiti in una assolutizzazione delle libertà economiche. Da ciò, quindi, le istanze di assoggettamento della libertà di impresa a limiti che, senza negarne l'esistenza, tuttavia ne contenessero le derive egoistiche implicate dall'esaltazione di una pura e autoreferenziale ricerca del profitto individuale. Da ciò, in altre parole, la cosiddetta relativizzazione delle libertà individuali in campo economico⁸.

D'altro canto, l'esito ultimo di una libertà di iniziativa economica senza limiti sarebbe il “darwinismo sociale”, un processo di selezione che lascerebbe ai margini tutti coloro che, non avendo, non possono e, quindi, non sono. Ma questo non è accettabile nella visione del Costituente, che, sancendo il principio dell'uguaglianza sostanziale, prende posizione chiara contro ogni prevaricazione economica, denuncia il «potere non formale, ma ‘di fatto’»⁹ cui sono sottoponibili i soggetti economicamente più deboli.

Il punto di partenza è dato dalla realistica constatazione della sussistenza di un potere privato che, ove sciolto da qualsiasi vincolo, rischierebbe di manipolare le relazioni a contenuto economico strumentalizzandone le parti deboli. Il punto d'arrivo viene fissato con l'assegnazione alla Repubblica di un compito di “liberazione della persona”.

Questa premessa aiuta a comprendere il collegamento inscindibile e costitutivo che intercorre, all'interno dell'architettura costituzionale,

⁷ Vedi D. SORACE, *Il governo dell'economia*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *op. cit.*, p. 793.

⁸ Cfr. R. NANIA, voce *Iniziativa economica privata*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ORE*, vol. VII, p. 727, in particolare allorquando individua, quali motivazioni di detta relativizzazione costituzionale delle libertà economiche, «il rischio che la legittimazione dell'*homo oeconomicus* e delle sue aspirazioni possessive potesse alterare l'ordine delle priorità sotto il profilo dei valori più essenziali della persona umana; la sfiducia nell'idea che dal naturale esercizio delle libertà economiche fosse realistico attendersi l'automatica realizzazione di finalità di ordine collettivo; la preoccupazione di derivazione keynesiana per i fenomeni di instabilità denunciati dalle economie capitalistiche (emblemizzati dalla crisi del '29) o per le tendenze monopolistiche insite nelle dinamiche di mercato».

⁹ F. GALGANO, *Art. 41. Rapporti economici. Tomo II*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1982, p. 3.

tra l'art. 3, secondo comma, e la disciplina contenuta nel titolo terzo della parte prima, che ha nell'art. 41 una vera e propria norma-cardine.

«In rapporto al principio fondamentale dell'art. 3 acquista preciso significato, in particolare, la regolazione costituzionale dei rapporti economici, che è regolazione, in larga misura, di rapporti fra privati (fra imprenditori, tra lavoratore e imprenditore, fra consumatore e imprenditore...), ed è regolazione mirante, essenzialmente, a dare articolato e dispiegato contenuto agli obiettivi di liberazione e di emancipazione sinteticamente espressi nella norma fondamentale»¹⁰.

Vi è, dunque, uno stretto legame sistematico tra principio di uguaglianza sostanziale e art. 41. Un legame in virtù del quale l'intervento pubblico in economia è non una semplice possibilità, ma un obbligo costituzionale¹¹, da adempersi in vista di finalità anche esse costituzionalmente prefigurate, quali «*il pieno sviluppo della persona umana*» e «*l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*».

Analiticamente, poi, secondo i moduli prospettati dal terzo comma dell'art. 41, questo intervento¹² potrà essere diretto, ove l'attività economica venga esercitata dallo Stato stesso e, più in generale, dagli enti pubblici, oppure indiretto, ove sia realizzato attraverso programmi e controlli di indirizzo e coordinamento delle attività economiche a fini sociali.

E in ogni caso, quale che sia la forma prescelta di intervento pubblico nella sfera economica, il Costituente detta al legislatore una direttiva fondamentale, in virtù della quale «la disciplina dell'economia deve essere ispirata non solo dall'intento di perseguire scopi immedia-

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cfr. D. SORACE, *op. cit.*, p. 791.

¹² Come noto, la concreta fisionomia dell'intervento pubblico in economia ha conosciuto profondi mutamenti per effetto delle cosiddette "privatizzazioni". Più precisamente, il processo delle "privatizzazioni" – indotto soprattutto da esigenze di reperimento di risorse per il risanamento delle finanze pubbliche, ma ampiamente discusso per le modalità effettive del suo svolgimento e per gli esiti ultimi ai quali è pervenuto – avrebbe determinato il passaggio dallo "Stato-imprenditore" allo "Stato-regolatore". «Nel settore bancario, in quello assicurativo, nell'energia elettrica [...], nelle telecomunicazioni, nei trasporti aerei, e in tanti altri settori, enti pubblici sono trasformati in società, le azioni di società vengono (parzialmente o interamente) vendute a privati; ma, contemporaneamente, vengono istituite autorità di regolazione, che disciplinano anche minutamente le società privatizzate. [...] Molto cambia, nella sostanza, perché allo Stato-imprenditore si sostituisce lo Stato-regolatore». Così S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, III ristampa, Roma-Bari, 2002, p. 286.

tamente economici (aumento della produzione, equilibrio finanziario) ma deve essere guidata, comunque, dalla necessità di attivare e favorire il processo di ‘trasformazione sociale’, le cui grandi linee sono tracciate dall’art. 3, 2° comma»¹³.

Pertanto, ci troviamo di fronte ad un modello disciplinativo composto ed articolato, che, però, prospetta, quale matrice unificante di fondo, la centralità della “persona”. Colta concretamente, nella pienezza delle sue capacità e potenzialità espressive. Valorizzata nelle sue libertà così come nelle sue esigenze di sviluppo, in un disegno volutamente polimorfico e multidirezionale.

Dunque, la ricchezza semantica dell’art. 41 è tale da configurarlo come vera e propria camera di compensazione di interessi contrapposti. Ma la traccia dell’analisi che si sta svolgendo impone di mettere a fuoco un obiettivo più specifico e circoscritto. Pone la questione di individuare quali siano i riflessi del dettato costituzionale rispetto alle forme di controllo della patologia dell’attività d’impresa, riguardate nel più limitato orizzonte prospettico del “diritto penale dell’economia”.

3. ...e nel “diritto penale dell’economia”

Tradizionalmente, la dottrina penalistica che si è occupata dell’art. 41 ha, per lo più, cercato di rintracciarvi un referente costituzionale di tutela sottendibile alle fattispecie legali dei reati economici.

Questo argomento, ad esempio, sia pure all’interno di una più articolata analisi disciplinare, fu affrontato da Franco Bricola in sede di commento¹⁴ al progetto di “statuto dell’impresa” elaborato – sotto forma di schema di disegno di legge – da una Commissione tecnica che venne nominata, a metà degli anni ’80, dal Ministro di grazia e giustizia.

L’Autore in questione, cercando di ricavare da tale progetto spunti utili per una riforma del diritto penale dell’impresa, evidenziava che l’idea di fondo dello schema di statuto proposto era costituita

¹³ R. CAPUNZO, *Argomenti di diritto pubblico dell’economia*, II ed., Milano, 2010, pp. 26-27.

¹⁴ Ci si riferisce a F. BRICOLA, *Lo statuto dell’impresa: profili penali e costituzionali*, in *Giur. comm.*, 1985, pp. 709 ss.

«dall’abbandono netto della concezione ‘funzionale’ dell’impresa e dalla rivalutazione del principio della libertà di iniziativa economica»¹⁵.

Tuttavia, questa negazione di ogni forma di “funzionalizzazione” dell’impresa privata non significava che i valori sanciti nell’art. 41 co. 2 «quali limiti dell’iniziativa economica privata (utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana) non [dovessero] essere ritenuti rilevanti e degni di tutela»¹⁶. Piuttosto, nella enucleazione proposta, essi non erano «tali da funzionalizzare l’impresa a scopi diversi dal fine di lucro»¹⁷.

Da tale ricostruzione venivano fatte discendere possibili ripercussioni sullo stesso terreno penalistico e, in particolare, «un criterio-guida per il legislatore: la indiscutibile esigenza di tutelare i valori limite» – affermati dall’art. 41 co. 2 Cost. – «non può mai comportare una compromissione della libertà di iniziativa economica e della specifica finalità dell’impresa»¹⁸.

Secondo tale impostazione, però, a questo recupero di autonomia da parte dell’impresa privata non corrispondeva una deresponsabilizzazione della stessa, bensì un rinnovato potenziamento delle sue forme di responsabilità, dato, in particolare, da una caratterizzazione in termini di maggiore trasparenza. La trasparenza, più precisamente, veniva configurata come valore costituzionalmente significativo – e, perciò, assumibile ad oggetto (anche esclusivo) di tutela penale – in virtù della sua immedesimazione con il valore della libertà di iniziativa economica, piuttosto che con quello della utilità sociale¹⁹.

E comunque questo collegamento tra trasparenza e autonomia non doveva essere inteso come una «svalutazione dell’importanza di una tutela dei valori-limite»²⁰. Infatti si attribuiva al legislatore il compito di operare un accorto bilanciamento che avesse come termini di riferimento, da un lato, «gli interessi che si accorpano attorno alla libertà di iniziativa economica», i quali «posseggono un rilievo costituzionale tale da poter assurgere ad oggetto di tutela penale»²¹, e, dall’altro lato,

¹⁵ *Ivi*, p. 712.

¹⁶ *Ivi*, p. 713.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Cfr. *ivi*, p. 716.

²⁰ *Ivi*, p. 720.

²¹ *Ivi*, p. 736.

«i valori-limite all'iniziativa economica pure costituzionalmente rilevanti»²².

Infine, sotto il profilo della tecnica di tutela, l'Autore qui richiamato concludeva che il legislatore avrebbe dovuto «tendenzialmente privilegiare una tutela sanzionatoria di tipo extrapenale tutte le volte in cui, senza nulla sacrificare sul piano dell'efficacia della stessa, la sanzione penale potrebbe ostacolare o comprimere eccessivamente la libertà dell'impresa di conseguire i propri scopi»²³.

Proseguendo in questa rassegna, occorre soffermarsi sulle riflessioni formulate da Cesare Pedrazzi, il quale sottolineò la centralità sistemica dell'art. 41, considerandolo come un vero e proprio «faro del diritto penale economico [...]». Proclamando la libertà dell'iniziativa esso istituzionalizza un sistema economico decentrato, fondato sul pluralismo delle imprese; al tempo stesso, la scelta dell'economia di mercato viene bilanciata dalla funzione di limite attribuita a preminenti valori umani e sociali, sotto l'egida di programmi e controlli pubblicistici»²⁴.

Più specificamente, poi, il limite dell'utilità sociale affermato dal secondo comma dell'art. 41 si concretizzerebbe nella tutela dei cosiddetti «interessi diffusi», collocabili in «posizione antagonista rispetto all'autonomia imprenditoriale»²⁵.

Si tratta di un aspetto che l'Autore citato aveva già avuto modo di affrontare all'interno di un altro scritto²⁶.

Egli, in particolare, muovendo dalla osservazione che la disciplina penale dell'attività economica risponde, innanzitutto, ad una esigenza di protezione di «interessi superindividuali», tra i quali un posto preminente spetta ai «supremi valori umani garantiti proprio dall'art. 41, comma 2° Cost.», aveva colto il significato più autentico di questa norma nell'affermazione del «primato dell'uomo sull'economia»²⁷.

²² *Ivi*, p. 737.

²³ *Ibidem*.

²⁴ C. PEDRAZZI, *L'evoluzione del diritto penale economico*, in M.C. BASSIOUNI, A.R. LAGLIATA, A.M. STILE (a cura di), *Studi in onore di Giuliano Vassalli. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990, vol. I, Diritto penale*, Milano, 1991, p. 612.

²⁵ *Ivi*, p. 619.

²⁶ Vedi ID., *Interessi economici e tutela penale*, in A.M. STILE (a cura di), *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, pp. 299 ss.

²⁷ *Ivi*, p. 299.

Perciò, nell'ottica del precetto costituzionale, aveva rilevato che «la sicurezza, la libertà, la dignità umana si pongono non tanto come interessi attinenti alla sfera economica, quanto come controinteressi esterni, cui viene subordinata la liceità dell'agire economico. Non si profila una tutela dell'economia, ma piuttosto un suo condizionamento»²⁸.

A loro volta, poi, gli evocati “interessi superindividuali” sarebbero distinguibili – in virtù dell'ambito soggettivo di pertinenza – in due specifiche sottocategorie.

Per un verso, gli «interessi diffusi, dei quali i singoli consociati fruiscono individualmente, ma che vengono in considerazione come interessi di massa, riferibili impersonalmente al ‘pubblico’ o a grandi categorie di soggetti; anche se, in concreto, la fenomenologia della lesione o della messa in pericolo si manifesta in un ambito spaziale e personale più o meno esteso, ma pur sempre circoscritto»²⁹.

Per altro verso, quegli interessi «che fanno capo a gruppi finiti, ancorché mutevoli nella loro composizione contingente»³⁰. Esempio caratteristico (tra gli altri), gli interessi dei creditori così come tutelati dalla legislazione penale fallimentare e societaria: «non viene protetto, atomisticamente, il singolo diritto di credito, bensì il gruppo dei creditori dell'impresa o della società, indipendentemente dalla sua composizione al momento del fatto illecito»³¹, con la ulteriore conseguenza, quindi, della indisponibilità del bene tutelato.

Lo stesso Autore, però, sul finire dell'analisi, proponeva degli spunti a carattere maggiormente problematico, evidenziando una serie di possibili fattori di rischio, insiti nella sistemazione teorica del bene giuridico all'interno del diritto penale dell'economia.

Pertanto, metteva in luce il carattere altamente controverso di tali beni – determinato da una matrice politico-economica storicamente condizionata – e il loro «limitato grado di accettazione in seno alla collettività»³².

Rilevava criticamente il ricorso a formule eccessivamente ampie, se non addirittura tautologiche, e, comunque, la possibile caduta in semplicistiche razionalizzazioni di scelte legislative spesso originate da contingenti compromessi parlamentari. Tanto più che la stessa so-

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ivi*, pp. 299-300.

³⁰ *Ivi*, p. 300.

³¹ *Ivi*, p. 301.

³² *Ivi*, p. 307.

luzione della plurioffensività, «frequentemente proposta dalla dottrina» risultava «indicativa di oggettività giuridiche a basso profilo, ma lamente distinguibili dalla *ratio* complessiva della norma»³³.

Ancora, sottolineava la problematica, e comunque limitata, «utilizzabilità del vincolo costituzionale in funzione ‘critica’»³⁴, a sua volta, dovuta a ragioni così sintetizzabili: «la notoria ambiguità di una ‘costituzione economica’ che fu la risultante di faticosi compromessi»³⁵; il divario eccessivamente ampio tra somme affermazioni di principio e concreta fisionomia delle molteplici domande di tutela (a maggior ragione in un settore contraddistinto dalla continua evoluzione dei sottostanti assetti di interesse e dalla spiccata esposizione a pressioni congiunturali di vario segno); il rischio, a voler dedurre specifiche indicazioni di tutela dagli enunciati costituzionali, di sottoporre la Costituzione a «*stress* ermeneutici che ne vanificherebbero la funzione garantistica»³⁶.

Infine, segnalava il rischio, determinato dall’accentuazione di principi costituzionali come quello dell’uguaglianza sostanziale, di incentivare una vera e propria «vocazione propulsiva della legge penale»³⁷, con una conseguente espansione della sua area applicativa.

Il tema della rilevanza dell’art. 41 della Costituzione per il “diritto penale dell’economia” è stato trattato anche da Vincenzo Patalano. Egli, partendo dalla constatazione di uno sviluppo disorganico della legislazione penale economica – in quanto complessivamente priva, sia a livello codicistico che extracodicistico, di un disegno unitario, coerente e razionale³⁸ –, cercò di specificare quali dovessero essere i termini dell’offesa all’interesse economico, necessari per richiedersi l’intervento del diritto penale.

Per fare ciò, «in un recupero della funzione critica del bene giuridico in chiave moderna»³⁹, si riportò alla Carta costituzionale, considerandola – proprio in virtù del suo richiamo «agli interessi sociali che si

³³ *Ibidem.*

³⁴ *Ivi*, p. 308.

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ivi*, p. 309.

³⁸ Cfr. V. PATALANO, *Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici*, in M.C. BASSIUNI, A.R. LATAGLIATA, A.M. STILE (a cura di), *op. cit.*, p. 635.

³⁹ *Ivi*, p. 636.

realizzano nell'attività economica»⁴⁰ – «punto di riferimento [...] e, al tempo stesso, [...] limite»⁴¹ delle scelte legislative in materia.

In tale ricostruzione, l'imprenditore viene considerato come «il garante del soddisfacimento di taluni interessi economico-sociali»⁴², per specifica posizione ricavabile dalla attenta lettura dell'art. 41 della Costituzione.

Ma l'art. 41 presenta un legame indissolubile con l'art. 3 Cost., e questo legame consente di individuare «l'esistenza di un fondamentale principio di *eguaglianza nei rapporti economici*»⁴³. Principio che costituirebbe, al tempo stesso, corollario e garanzia della «libertà di iniziativa economica», «poiché ha come oggetto non soltanto il libero accesso all'attività d'impresa, ma [...] altresì il rispetto delle 'regole del gioco' da parte di tutti gli operatori del mercato»⁴⁴, e che risulterebbe, quindi, violato da tutte quelle condotte imprenditoriali che realizzino indebitamente «*disparità di vantaggi a parità di situazioni*»⁴⁵.

In definitiva – secondo questo orientamento – il legislatore, nella sua attività di selezione dei comportamenti da criminalizzare, dovrebbe «considerare con particolare attenzione quelle condotte che, concretamente offensive di interessi economici della collettività, siano realizzate nell'esercizio di un'attività d'impresa, pubblica o privata, allo scopo di assicurare a sé o ad altri, direttamente o indirettamente, posizioni di vantaggio che una corretta gestione dell'impresa non consentirebbe di conseguire»⁴⁶.

Con riferimento alla «dialettica di interessi» sottesa all'art. 41 Cost., va segnalato lo sforzo profuso da Paolo Patrono⁴⁷, che ha proposto una lettura analitica della rilevanza penalistica dei c.d. «limiti esterni» alla libertà di iniziativa economica (utilità sociale, libertà, sicurezza e dignità umana).

Innanzitutto, il legislatore può usare lo strumento penalistico solo per colpire quelle attività d'impresa che si svolgono in contrasto con

⁴⁰ *Ivi*, p. 637.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ ID., *Reati e illeciti del diritto bancario. Profili sistematici della tutela del credito*, Torino, 2003, p. 16.

⁴⁴ *Ivi*, p. 23.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ ID., *Beni costituzionali*, cit., p. 647.

⁴⁷ P. PATRONO, *Diritto penale dell'impresa e interessi umani fondamentali*, Padova, 1993, (in particolare) pp. 17 ss.

tali “limiti negativi” e non anche per perseguire quelle attività che non ne realizzino finalisticamente i corrispondenti valori.

Inoltre, la tutela penale dei “limiti negativi”, attuata nei termini anzidetti, soggiace al «vincolo della ‘ragionevolezza’» e al «rispetto dei principi costituzionali di garanzia fissati in materia penale»⁴⁸, articolandosi diversamente a seconda del “limite” specificamente preso in considerazione.

Infatti, il carattere indeterminato del bene “utilità sociale” lo rende difficilmente suscettibile di tutela penale, all’uopo essendo necessario «circoscrivere e selezionare di volta in volta gli specifici interessi che caratterizzano tale limite negativo»⁴⁹. Diversamente, «i limiti della libertà, sicurezza e dignità umana [...] contengono un nucleo di significatività maggiormente delimitato, anche se ulteriormente delimitabile (in una prospettiva di tutela penale) con un aggiuntivo ‘ritaglio’ del contenuto essenziale della singola situazione attiva costituzionale dell’individuo [...], ed anche attraverso l’individuazione di tipiche modalità di condotta penalmente rilevanti»⁵⁰.

Infine, Alberto Alessandri ha richiamato l’art. 41 Cost. allo scopo di mettere a fuoco i principi informatori del rapporto tra diritto penale ed impresa, rapporto tanto più problematico in ragione della crescente spersonalizzazione che caratterizza l’organizzazione imprenditoriale⁵¹.

In questa prospettiva viene evidenziata la sovraordinazione dei beni “sicurezza”, “libertà” e “dignità umana” rispetto allo svolgimento di qualsiasi attività economica e si segnala che una tutela penalistica di tali beni è legittima ma non obbligatoria, vista la assenza di obblighi costituzionali di tutela penale⁵².

Altresì, sulla base della previsione costituzionale, viene indicato al legislatore un possibile percorso di tutela. «Preliminarmente il legislatore dovrebbe verificare se, e in quali casi, l’attività economica possa porre problemi di aggressione o pregiudizio ai beni menzionati, non solo dei lavoratori ma dell’intera comunità; e, va aggiunto, non solo di quella attuale, ma anche di quella futura»⁵³. In particolare, con riferi-

⁴⁸ *Ivi*, p. 20.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, specialmente pp. 131 ss.

⁵² *Ivi*, p. 132.

⁵³ *Ibidem*.

mento all'accumulo e alla efficacia, per così dire, differita dei risultati nocivi delle attività di impresa, si auspica «una forte rivalutazione [...] del fine di *utilità sociale*, che meglio di altri potrebbe racchiudere le aspettative a lungo termine»⁵⁴, visto che «la tecnologia impiegata attacca silenziosamente e impercettibilmente le prossime, future condizioni di vita»⁵⁵.

E tuttavia, poiché si tratta di uno scenario caratterizzato da incertezze scientifiche e difficoltà probatorie, l'utilità sociale andrebbe garantita non solo e non tanto dal diritto penale, quanto, piuttosto, dalle scelte prevenzionistiche formulate dal legislatore in materia di governo pubblico dell'economia⁵⁶.

La complessità del tema in discussione e l'autorevolezza delle elaborazioni scientifiche riportate non lasciano, oggettivamente, particolari margini di riflessione. Sembra, nondimeno, utile richiamare alcune indicazioni politico-criminali di carattere generale, che, tra l'altro, possono già cogliersi nei contributi riportati.

In primo luogo, conviene rimarcare che «l'idea di assumere a legittimi oggetti di tutela penale i soli valori dotati di rilevanza costituzionale esplicita o implicita non comprende l'ulteriore assunto che la rilevanza costituzionale del bene comporti, per il legislatore ordinario, l'*obbligo* di creare fattispecie penali finalizzate alla sua salvaguardia»⁵⁷.

In altre parole non ci si può rifare alla Costituzione per ricavarne, automaticamente, «vincoli di tutela penale' in rapporto a determinati beni giuridici»⁵⁸, poiché, al contrario, una volta accertata la rilevanza costituzionale di un dato bene, la scelta di ricorrere o meno allo 'strumento penale' va iscritta nel registro di una discrezionalità legislativa guidata dai criteri della "sussidiarietà" e della "meritevolezza di pena"⁵⁹.

⁵⁴ *Ivi*, p. 133.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Cfr. *ibidem*. In questo passaggio argomentativo può cogliersi la problematica dialettica tra libertà di impresa e diritto alla vita e alla salute dei soggetti esposti a particolari tipologie di attività produttive. Sull'inquadramento dommatico del "rischio", vedi A.R. CASTALDO, *La concretizzazione del rischio giuridicamente rilevante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 1096 ss.

⁵⁷ G. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 73.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ Sul punto, cfr. *ivi*, (in particolare) pp. 74 ss.

Inoltre, sviluppando un tema già segnalato da alcuni degli autori citati, appare opportuno evidenziare il rischio – sempre incombente nella disciplina penale-economica – della «proliferazione di oggetti di tutela fittizi»⁶⁰. Infatti, se l'oggetto della protezione penale risulta inafferrabile ed evanescente, non si ha più un vero e proprio bene giuridico, quanto, piuttosto, una mera *ratio* di tutela⁶¹.

Ma da ciò deriva la conseguenza paradossale che, nel diritto penale dell'economia, la tutela accentuatamente avanzata dei beni “a largo spettro” «maschera spesso l'assoluta non tutela del bene, con la sostituzione della punizione della violazione formale alla punizione della violazione sostanziale, [...] massima espressione dell'uso distorto del diritto penale»⁶².

Insomma, si profilano – come sempre, e più che altrove – equilibri dinamici, quanto precari: tra singolo e società, tra interessi e controinteressi, tra utile privato e utilità pubblica, tra forza e valore. Nonché, sullo sfondo, tra garanzie e istanze di tutela, secondo quella dialettica tra individuo e autorità che costituisce l'essenza stessa dell'*argumentum libertatis* quale tramandatoci dalla “Modernità penalistica”.

L'unica composizione possibile di questo magma di istanze sociali e giuridiche, economiche e politiche, ce la fornisce, appunto, la Costituzione, attraverso il modello – esemplarmente attestato dall'art. 41 – del primato della “persona” sull'economia. E questo modello andrebbe preservato e coltivato, anche, e a maggior ragione, per definire caratteristiche e limiti dell'intervento penalistico in materia economica.

Questa preminenza della “persona” rispetto al “mercato” dovrebbe indurre quantomeno a riflettere sulla plausibilità degli orientamenti “eurounitari”, che fanno pressione sul diritto interno, pretendendo di imporre quali valori apicali non i diritti fondamentali di stampo personal-solidaristico, ma interessi di stretta marca economico-finanziaria.

Pressione pericolosa, tanto più in un momento in cui le politiche del rigore e le misure recessive – imposte, all'interno della c.d. “eurozona”, dai Paesi economicamente più forti a carico dei Paesi più deboli – travolgono le esigenze connesse ad un generale, diffuso e armoni-

⁶⁰ S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 352.

⁶¹ Cfr. *ivi*, (in particolare) p. 367.

⁶² P. PATRONO, *op. cit.*, p. 10.

co sviluppo socio-economico, di fatto assolutizzando il sistema finanziario e rendendolo prevalente rispetto a qualsivoglia contrappeso sociale.

Deriva, tra l'altro, già in passato segnalata da chi aveva posto in evidenza le ricadute negative che il diritto sovranazionale di provenienza comunitaria e le connesse ragioni del "mercato" stavano producendo sulla garanzia dei beni fondamentali dell'individuo. Ciò, in particolare, laddove era stato rilevato che gli Stati membri più forti, dettando una propria politica economica e monetaria, stavano modificando non solo l'ordine economico, ma anche il «grado di tutela di fondamentali principi di protezione sociale dettati dalla nostra Carta fondamentale»⁶³.

Oggi il processo sembra essersi, drammaticamente, compiuto. Non più la "persona" sopra il "mercato". Non più l'economia in funzione dello sviluppo della "persona". Il rapporto si capovolge. L'economia finanziaria – con i suoi interessi strutturalmente ristretti ed egoistici – prevale sull'economia reale e assorbe in sé qualsiasi valore, diventandone arbitro.

Anzi, per tale via, diviene essa stessa valore, gerarchicamente prevalente, in un orizzonte storico-politico che spiana la strada alla definitiva idolatria dei "mercati", con riverberi, evidenti quanto pericolosi, anche sul versante penalistico della individuazione delle oggettività giuridiche di riferimento, in una degenerazione, antipersonalistica e antisociale, che si pone in netto contrasto con il modello di valori delineato dalla nostra Costituzione nella sinergica combinazione degli artt. 2, 3 e 41.

4. Il carattere sussidiario della sanzione penale

Ma vi è di più. Proseguendo nell'analisi, è possibile esplorare un altro aspetto semantico dell'art. 41, particolarmente rilevante proprio nell'ottica del diritto penale dell'economia. L'art. 41, infatti, se "letto" in chiave sistematica, sembra prospettare un "modello sussidiario" di intervento penalistico in ambito economico.

⁶³ *Ivi*, p. 13.

Come noto, il “principio di sussidiarietà”⁶⁴ ha una portata generale, che trascende i confini del solo diritto penale dell’economia, e tuttavia assume, in questo specifico settore dell’esperienza giuridica, accenti di sicura e peculiare significatività.

Bisogna, infatti, osservare che la ricerca di forme alternative di “controllo sociale” – imposta dalla configurazione dello “strumento penalistico”, in quanto massimamente afflittivo per la sfera dei diritti di libertà, come *extrema ratio* di tutela – si fa ancora più importante in campo economico, dove, per opinione preferibile⁶⁵, risulta di fondamentale importanza prevenire il danno che le imprese possono arrecare, piuttosto che limitarsi a reprimere con il carcere quando esso si è già verificato.

E, allora, la vera questione diventa quella di elaborare un vero e proprio “statuto dei controlli preventivi a carattere extrapenale”.

D'altronde, già si è avuto modo di notare che l'importanza di una «rete di controlli preventivi», definiti in modo da essere «i più funzionali a garantire i valori-limite»⁶⁶ di cui all'art. 41 co. 2 Cost., era stata rivendicata da una parte della dottrina anche in vista dell'ulteriore scopo di preservare l'autonomia decisionale delle scelte imprenditoriali, precludendo al giudice penale improprie interferenze nella fisiologica vita interna dell'impresa stessa. In tale ottica, infatti, la scelta tra sanzione penale ed extrapenale veniva articolata anche in base ad una ulteriore modulazione fattoriale della “sussidiarietà”, privilegiando, quale misura da adottare, quella che fosse meno ostativa rispetto al pieno e fisiologico esercizio della libertà d'impresa⁶⁷.

Pertanto, da un punto di vista sistematico, prima andrebbero attivati i controlli preventivi, e solo successivamente dovrebbe valutarsi in maniera ponderata l'alternativa tra sanzioni di diversa natura. Una sequenza di operazioni, questa, che plasma il volto di un diritto penale economico effettivamente sussidiario e che mostra una volta di più – attraverso questa progressione di forme di intervento – che, in tale campo, «il diritto penale, per essere efficiente, ha bisogno del suppor-

⁶⁴ Per una enucleazione di questo fondamentale principio di politica criminale, cfr., tra i tanti, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna, 2014, pp. 29 ss.

⁶⁵ In argomento, vedi F. STELLA, *Criminalità di impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 1254 ss.

⁶⁶ F. BRICOLA, *op. cit.*, p. 715.

⁶⁷ Cfr. *ivi*, (anche) p. 714.

to del diritto dell'economia»⁶⁸. Ovvero, detto altrimenti, «la norma penale non sarebbe né legittima, né vitale senza un corrispondente supporto di diritto dell'economia. Una tutela penale priva di tale supporto è raramente attuabile ed ancora più raramente effettiva»⁶⁹.

Dunque – riepilogando – se è vero che, non per astratta opzione ideologica ma per cogente direttiva costituzionale, la legittimità dell'intervento penale si fonda su valutazioni di razionalità rispetto ai valori e di efficienza rispetto agli scopi, il legislatore dovrà sempre cercare, ed eventualmente predisporre, strumenti di controllo sociale alternativi a quello penale.

In tal modo, l'intervento del diritto penale, in quanto vera e propria *extrema ratio* nella programmazione delle forme di composizione dei conflitti sociali, dovrà necessariamente essere preceduto dalla attivazione di mezzi istituzionali meno invasivi per la sfera di libertà del singolo.

Questo principio di carattere generale assume, poi, un rilievo peculiare in relazione al diritto penale economico, che è connotato da valutazioni specifiche e particolarmente complesse in ordine al profilo della congruità rispetto agli scopi.

Tanto sarebbe già sufficiente per affermare che la “sussidiarietà” rappresenta il modello deontico dell'intervento penale anche in materia economica.

Tuttavia una conferma decisiva può venire proprio da una complessiva “ricostruzione di senso” dell'art. 41 della Costituzione.

Infatti già dalla lettura dei primi due commi emerge un equilibrio delicato e complesso tra valori differenti. Il Costituente – come si è, a più riprese, sottolineato – non cristallizza staticamente questa dialettica di interessi, ma ne profila una soluzione aperta e dinamica.

Ne abbiamo una conferma dallo stesso dibattito penalistico in tema di ricostruzione del bene giuridico inferibile dalla norma costituzionale. Le proposte dottrinali passate in rassegna, infatti, si rivelano, comparativamente, addirittura antinomiche, nella misura in cui spaziano da una rinnovata attenzione verso le esigenze dell'autonomia imprenditoriale, ad una accentuazione dei momenti di valore connessi, invece, ad un suo condizionamento personalistico e/o sociale.

⁶⁸ K. VOLK, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998, p. 42.

⁶⁹ *Ivi*, p. 41.

Ma in ciò non è ravvisabile alcuna anomalia, poiché questo spettro di possibili soluzioni risulta perfettamente coerente con il modello eclettico e plurivalente delineato dalla Costituzione.

Non si è pregiudizialmente escluso che l'attività economica possa, *sua sponte*, uniformarsi alla "utilità sociale", nonché al rispetto di "sicurezza", "libertà" e "dignità umana". Altrimenti che senso avrebbe avuto il riconoscimento della "libertà di iniziativa economica" con cui si apre l'art. 41?

E tuttavia si è anche, realisticamente, preso atto della immanenza sociale di un potenziale conflitto tra tali istanze. E, perciò, si è individuata la direttrice modale di una possibile soluzione, previa rispetto all'insorgenza del conflitto medesimo. Questa forma preventiva di composizione sociale è rappresentata, appunto, dai "programmi" e dai "controlli" contemplati dal terzo comma⁷⁰.

Ma da quale fonte giuridica vengono entificati in concreto i controlli in questione? La risposta è testuale: non da provvedimenti amministrativi o giudiziari, ma dalla legge. Cioè da quella stessa fonte giuridica sulla quale si è storicamente incardinato il *nullum crimen*, autenticamente inteso nella pienezza politico-ideologica del suo significato di garanzia per l'individuo⁷¹.

«Il rapporto fra iniziativa economica privata e 'utilità sociale', fra iniziativa economica privata e 'fini sociali', è mediato attraverso la legge, che è espressa dalle assemblee elettive, diretta emanazione della sovranità popolare»⁷². La pluralità degli interessi sociali trova in quelle assemblee la propria sede rappresentativa e di confronto. Ed è attraverso questa dialettica politica che vanno realizzati «i necessari processi di selezione e di sintesi evitando la pura e semplice sopraffazione degli interessi più deboli da parte dei più forti»⁷³. Questa comparazione democratica tra interessi consente, quindi, di operarne una sintesi in via preliminare, sintesi compensativa che si avvale degli "stru-

⁷⁰ Con riferimento a tale formula si sono sottolineati la varietà dei possibili strumenti di governo pubblico dell'economia (basti pensare alla onnicomprensività del termine "controlli") e, comunque, il carattere non dirigitico di tali forme di intervento (così come evincibile dai lavori preparatori e da una attenta interpretazione delle disposizioni costituzionali). Vedi R. CAPUNZO, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁷¹ Per una analisi degli attuali profili problematici della "legalità" in materia penale, cfr. G. FIANDACA, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2007, pp. 1247 ss.

⁷² F. GALGANO, *op. cit.*, p. 42.

⁷³ D. SORACE, *op. cit.*, p. 801.

menti” e dei “luoghi” della partecipazione politica. E verso questa fisiologica forma di selezione e composizione si indirizza la indicazione espressa e privilegiata del Costituente.

Pertanto, prima di ricorrere alla tutela penale e prima ancora di ricorrere a qualsiasi tutela sanzionatoria (quale che ne sia la natura), la Costituzione, attraverso il terzo comma dell’art. 41, addita al legislatore una strada prioritaria.

È un percorso da intraprendere preliminarmente, che volge ad un orientamento positivo del potenziale conflitto tra libertà d’iniziativa e suoi controlimiti. È il tentativo di risolvere anticipatamente questo possibile contrasto, in vista del «*pieno sviluppo della persona umana*». È un momento primario e non obliterabile nella strategia multilivello che il legislatore può predisporre per controllare le dinamiche involutive dei rapporti economici.

È come se il Costituente, rivolgendosi al legislatore, lo invitasse ad esperire, innanzitutto, meccanismi – extrapenalici e non sanzionatori – di prevenzione della insorgenza di eventuali patologie nelle relazioni economiche, rinviando l’opzione sanzionatoria, ed eventualmente penale, ad una fase posteriore e subordinata, per il caso di insufficienza dei soli meccanismi di controllo.

Prima, il monitoraggio delle attività economiche, allo scopo, quantomeno, di impedirne sul nascere abusi e distorsioni antipersonalistiche e/o antisolidaristiche. Poi, ove resa necessaria dall’inefficacia di tali mezzi, una meditazione dell’intervento sanzionatorio, articolata attraverso ponderate valutazioni di razionalità ed efficienza.

5. Considerazioni conclusive

Il disegno costituzionale è, quindi, l’esatto opposto di una radicata e stratificata prassi legislativa che ha scaricato qualsiasi istanza di controllo sociale su di un diritto penale ipertrofico, simbolico ed ineffettivo.

E questa deriva panpenalistica, questa elevazione della legge penale a *prima ratio* di tutela del settore economico rischia di essere alimentata ulteriormente e in misura sempre crescente dalla “assolutizzazione comunitaria/eurounitaria” del feticcio dell’economia finanzia-

ria⁷⁴. Un'etichetta istituzionale – quella della tutela del “mercato” – che, infatti, si presta agevolmente a soddisfare le più svariate esigenze simbolico-espressive e le corrispondenti sollecitazioni provenienti dalla *business community*⁷⁵, celate dietro la comoda maschera della “tecnocrazia”.

A tal riguardo sembra opportuna una precisazione. La difesa di interessi categoriali è fenomeno tipicamente connotativo della dinamica delle relazioni istituzionali proprie della società contemporanea. Ed è, perciò, realisticamente comprensibile che i portatori degli interessi in gioco si adoperino per farli valere presso le istituzioni chiamate a regolarli.

Tuttavia, nel mentre si deve riconoscere la sussistenza di una ineliminabile dialettica tra interessi socio-economici contrapposti e, anzi, proprio perché si prende atto della immanenza sociale di questa dialettica, bisogna impedire che le esigenze particolari veicolate da singoli gruppi di interesse assumano, esclusivamente in virtù della forza economica che ne è a fondamento, la dignità di bisogni generali, secondo le deleterie prassi del “capitalismo di relazione”.

E, ancor più incisivamente, appare necessario che il giurista non fornisca legittimazione scientifica ad alcuna forma di “autonormazione penale” da parte dei gruppi di potere economico.

Risulta, infatti, concreto il rischio che, assecondando questa tendenza, il diritto penale dell'economia divenga una sorta di «diritto penale del privilegio»⁷⁶, eccentrico rispetto agli stessi principi costituzionali.

In tal senso, si è, d'altro canto, osservato che le stesse istanze di autonomia e sovranazionalità del diritto penale dell'economia esprimono anche «la volontà del potere economico di condizionare il potere politico [...] nella scelta di un sistema di mercato libero che, accanto alla condizione essenziale della pari possibilità di intervento per tutti i concorrenti, consenta la creazione di un 'monosistema' – anche penale

⁷⁴ Per tale aspetto appare particolarmente significativo il 12° considerando della direttiva 2003/6/CE, ai sensi del quale la normativa contro gli “abusi di mercato” persegue lo scopo di «assicurare l'integrità dei mercati finanziari comunitari e accrescere la fiducia degli investitori nei mercati stessi».

⁷⁵ Sulla nozione di *business community*, come *societas mercatorum* contemporanea, retta dalla nuova *lex mercatoria* propria della società post-industriale, vedi F. GALGANO, *Lex mercatoria*, IV ed., Bologna, 2001, specialmente p. 239.

⁷⁶ L'espressione è di P. PATRONO, *op. cit.*, p. 17.

– avulso dai meccanismi di controllo propri di un corretto ma necessario intervento pubblico nell’economia»⁷⁷.

Orbene, in tale scenario di interessi, dissimulato dallo schermo della apparente neutralità tecnica, *deregulation* indiscriminata e “panpenalismo” vengono a configurarsi in termini di complementarità.

La taumaturgia finanziaria, infatti, esige, da un lato, la riduzione (fino al dissolvimento) degli strumenti del controllo pubblico sul “mercato” e, dall’altro, la esaltazione della tutela penalistica dello stesso. Questa direttrice di tutela penalistica viene propagandata come espressiva di scelte politico-criminali ispirate dall’interesse generale. Ma si tratta di una rappresentazione illusoria. E questo (almeno) per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, la tendenza legislativa a formulare fattispecie deficitarie sotto il profilo della determinatezza – e tali sono, in prevalenza, le figure criminose poste a tutela del mercato finanziario⁷⁸ – ne comporta una naturale difficoltà di accertamento processuale e, quindi, di effettiva applicazione.

Inoltre, assumendo il “mercato” quale baricentro dell’intervento penalistico, viene postergato e, in definitiva, privato di qualsiasi tutela il “diritto all’uguaglianza nei rapporti economici” costituzionalmente riferibile ai soggetti deboli che in esso operano.

In proposito, sembra emblematico il caso degli investitori inesperti rimasti intrappolati nelle operazioni in “derivati”. Non è questa la sede per una disamina approfondita delle molteplici questioni sollevate da tali schemi negoziali e dall’uso spregiudicato che ne è stato fatto. Perciò, ci si limiterà a ricordare che vi è una risalente disputa circa la reale natura di tali strumenti⁷⁹ e che, tuttavia, per ricognizione empirica, la loro abnorme diffusione⁸⁰ è stata determinante nella genesi e nello

⁷⁷ *Ivi*, pp. 16-17.

⁷⁸ Per un quadro delle criticità riscontrabili nella normativa penale relativa ai mercati finanziari (estesa delegificazione, frequente eterointegrazione mediante fonti regolamentari emanate dalle autorità di settore e, dunque, caratterizzate da notevole tecnicismo, carenza di leggibilità, disorganicità ed estemporaneità degli interventi repressivi), vedi C. PEDRAZZI, *Mercati finanziari (nuova disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, Agg. 2000, *passim*.

⁷⁹ Sul punto, si rinvia a F. CAPRIGLIONE, *I prodotti “derivati”: strumenti per la copertura dei rischi o per nuove forme di speculazione finanziaria?*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1995, pp. 359 ss.

⁸⁰ Significativamente è stato messo in rilievo che il Governatore della Banca d’Italia aveva [...] evidenziato, già a settembre 2007, che il valore nominale degli strumenti deri-

sviluppo della crisi dei mercati finanziari⁸¹. Essi hanno provocato una vera e propria amplificazione⁸² della crisi su scala planetaria⁸³, così risultandone drammaticamente confermato l'intrinseco potenziale distruttivo sotteso alla pregnante definizione di "armi finanziarie di distruzione di massa".

Ciò detto, si proverà ora a compendiare la questione di nostro interesse⁸⁴. I "derivati" (ai sensi dell'art. 1 TUF) sono "strumenti finanziari" e – può aggiungersi – "strumenti finanziari" particolarmente sofisticati e rischiosi per il cliente. Ma esiste una figura criminosa specificamente assumibile a paradigma di tipicità delle "asimmetrie informative" dolosamente poste in essere dagli intermediari che dissimolino agli investitori la estrema rischiosità dei prodotti loro "offerti"?

Il tema sembrerebbe essere, *prima facie*, quello dello "statuto penale dell'informazione finanziaria". E allora, collocandosi in questo "solco argomentativo", il procedere del "discorso ermeneutico" dovrebbe essere abbastanza spedito.

In breve, i soggetti che intendono "offrire al pubblico" strumenti finanziari devono preventivamente pubblicare un "prospetto", che risponde all'esigenza di fornire all'investitore le informazioni necessarie perché egli possa, consapevolmente, decidere se effettuare o meno l'investimento propostogli.

In particolare, «il prospetto tende ad eliminare le asimmetrie informative fra il soggetto emittente, gli intermediari (banche, società di in-

vati in circolazione era pari a circa 10 volte il PIL mondiale e cifre ancora maggiori su altri collegati aspetti erano state elaborate da autorevoli esperti». Così, F. BOCHICCHIO, *Gli strumenti derivati: i controlli sulle patologie del capitalismo finanziario*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 305.

⁸¹ Per una rappresentazione "in tempo reale" del legame tra operazioni in "derivati" ed esplosione della crisi, si veda M. ONADO, *Quei derivati sui mutui che allarmano le banche centrali*, ne *Il Sole 24 ORE*, 22 luglio 2007.

⁸² Per una ricostruzione specifica, all'interno di questa dinamica, del funzionamento dei *Credit Default Swaps* (CDS), cfr. D. DELLI GATTI, *La crisi dei mutui subprime. Un'analisi delle cause*, in *Osservatorio monetario*, 2008, pp. 54 ss.

⁸³ Una "riflessione penalistica" sulla crisi dei mercati finanziari, ci è proposta da G. MARINUCCI, *Diritto penale dell'impresa: il futuro è già cominciato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1465 ss., nonché da S. SEMINARA, *Crisi finanziaria e disorientamenti etici e giuridici*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, pp. 269 ss.

⁸⁴ Per le osservazioni che seguono, sia consentito rinviare a C. RIZZO, *Tutela del 'mercato' e tutela degli investitori: 'endiadi' oppure 'ossimoro'?*, in A.R. CASTALDO (a cura di), *Il patto per la legalità*, cit., in particolare pp. 226 ss.

termediazione mobiliare) e l'investitore/risparmiatore»⁸⁵ e, perciò, la norma che punisce il “falso in prospetto” (art. 173 *bis* TUF) «mira ad assicurare la correttezza dell'informazione societaria, unitamente alla tutela penale del mercato finanziario, alla tutela penale del risparmio e del singolo risparmiatore»⁸⁶.

Dunque, questa specifica fattispecie penale dovrebbe tutelare il mercato finanziario così come il singolo investitore. E, di conseguenza, dovrebbe proteggere anche l'investitore in “derivati”.

Senonché, questa soluzione interpretativa viene resa impraticabile dalla concreta fisionomia che la negoziazione di tali “prodotti” ha assunto nei casi di uso patologico recentemente emersi all'attenzione dell'autorità giudiziaria⁸⁷.

Infatti le informative fraudolente fornite dagli intermediari finanziari agli investitori hanno riguardato operazioni in “derivati *over the counter*” (OTC)⁸⁸.

Si tratta di “prodotti” negoziati al di fuori dei “mercati regolamentati”, offerti su base (fittiziamente) individuale, e, perciò, privi di quelle caratteristiche economiche e giuridiche che, invece, contraddistinguono gli “strumenti quotati”. Pertanto, ad esempio, sono privi di prezzi ufficiali di riferimento e mancano di meccanismi «di accentrato dei rischi di controparte»⁸⁹. Ma, soprattutto, ad essi non si applica la normativa dettata in materia di “appello al pubblico risparmio” e, quindi, la disciplina concernente il “prospetto informativo”⁹⁰.

⁸⁵ F. SGUBBI, *Il falso in prospetto*, in F. SGUBBI, D. FONDAROLI, A. F. TRIPODI, *Diritto penale del mercato finanziario. Abuso di informazioni privilegiate, manipolazione del mercato, ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob, falso in prospetto. Lezioni*, Padova, 2008, p. 219.

⁸⁶ *Ivi*, p. 220.

⁸⁷ Per un inquadramento delle complesse questioni giuridiche sollevate da tale fenomeno, cfr. M.B. MAGRO, *Truffa contrattuale e derivati: profilazione dell'investitore e standard di tutela penale*, in *Cass. pen.*, 2015, pp. 3355 ss.

⁸⁸ Per una illustrazione dei percorsi ermeneutici inizialmente intrapresi, a livello giudiziario, con riguardo a queste specifiche tipologie di operazioni, vedi F. D'ARCANGELO, *Negoziazione di contratti derivati over the counter. Profili penali e di responsabilità degli enti ex d. lgs. 231/2001*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2009, p. 13.

⁸⁹ S. MICOSI, *Etimologia della crisi finanziaria*, in *Note e studi Assonime*, 2008, p. 12.

⁹⁰ Cfr. l'audizione del Direttore generale della Consob, dott. Antonio Rosati, nell'ambito della *Indagine conoscitiva sulla diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle Pubbliche Amministrazioni*, svoltasi innanzi alla VI Commissione *Finanze e tesoro* del Senato della Repubblica, 18 marzo 2009, in particolare pp. 12-13.

E così siamo giunti al punto cruciale: se non c'è “obbligo di prospetto”, non può esservi nemmeno “falso in prospetto”. Cioè, detto altrimenti, nelle operazioni su “derivati OTC” il venir meno dell'obbligo di pubblicare il prospetto informativo preclude la configurabilità della corrispondente fattispecie penale del “falso in prospetto”.

Dunque, lo schema di tipicità delle evocate ipotesi patologiche va rinvenuto altrove e, segnatamente, viene ricercato dalla giurisprudenza di merito «secondo i percorsi interpretativi della truffa contrattuale integrata dalla reticenza dell'intermediario finanziario»⁹¹.

Ma questo significa, da un punto di vista sistematico, che la fattispecie penalistica, istituzionalmente intesa alla tutela della corretta informazione finanziaria, del mercato e dei singoli risparmiatori, si rivela, alla prova dei fatti, profondamente inadeguata. La sua applicazione è agevolmente eludibile per via contrattuale. È, in altri termini, una figura puramente “simbolica”.

D'altronde, risulta costruita prevalentemente su una oggettività giuridica amplissima quale il mercato finanziario, la cui tutela risulta facilmente manipolabile dagli “interessi forti” che ne condizionano le dinamiche. Così il “mercato” si mostra per quello che realmente è. Dietro questa indistinta entità metafisica si cela una concreta e nitida divaricazione di interessi.

Da un lato, i “gruppi minoritari di comando” e gli “investitori professionali”.

Dall'altro, i piccoli risparmiatori, gli investitori non professionali, “laici” rispetto al verbo dettato dai “sacerdoti” dei nuovi “idoli” della finanza. Soggetti inesperti che, non a caso, assumono, nella vulgata del linguaggio dei *broker*, la dispregiativa denominazione categoriale di “parco buoi”, quasi ad indicarne una sorta di ineluttabile destino: l'essere condotti al mattatoio della rovina economica, a conclusione di un “rituale eugenetico” che richiede il sacrificio del debole a favore del forte, di chi non è a favore di chi è, di chi non sa a favore di chi sa⁹².

Invero una tutela penale – calibrata secondo le coordinate politico-criminali puntualizzate in precedenza – che intenda essere davvero coerente con il disegno costituzionale irradiato dall'art. 41 dovrebbe

⁹¹ F. D'ARCANGELO, *op. loc. cit.*

⁹² Per queste considerazioni, si veda C. RIZZO, *op. cit.*, p. 228.

essere indirizzata all'investitore in sé, a prescindere dal "luogo formale" in cui il suo rapporto negoziale abbia avuto origine.

L'investitore andrebbe tutelato direttamente, in quanto "soggetto debole" di un rapporto caratterizzato da subordinazione socio-economica, e non indirettamente e di riflesso, in virtù della maschera fattagli indossare per sancirne la formale appartenenza alla "istituzione-mercato".

Questo, perché, deonticamente, è alla persona che va garantita tutela, e non all'istituzione finanziaria. In una prospettiva costituzionalmente orientata, in altre parole, la tutela penale dovrebbe legittimamente appuntarsi sul diritto personalistico all'uguaglianza nei rapporti economici. Senza pari opportunità, infatti, non può esservi effettiva libertà di iniziativa economica. Nello specifico, «solo chi ha la piena contezza dei rischi comportati da un determinato investimento può disporre in maniera davvero libera delle proprie risorse patrimoniali e solo se viene assicurata parità di diritti a tutti gli 'attori' del processo economico può dirsi garantita a ciascuno una piena ed effettiva possibilità di espressione delle proprie potenzialità in campo economico»⁹³.

Invece, attraverso il simulacro di un *homo oeconomicus* artificialmente creato e plasmato, si accorda protezione al "mercato" stesso, alla sua sovrana funzione selettiva degli interessi meritevoli, individuati attraverso la concessione di un "visto d'ingresso" (soltanto apparente) nella *community* finanziaria. Insomma, in tal modo, si privilegiano le logiche della "inclusione corporativa" da parte dell'istituzione economica e si promuove una strumentalizzazione dell'individuo per fini economicistici che è costituzionalmente inaccettabile.

D'altronde, l'esigenza di rivendicare il primato della "persona" trova un riscontro storico di stretta attualità. Pur nelle differenti sensibilità, tutte le analisi relative alle cause della "crisi dei mercati finanziari" hanno trovato un comune denominatore, costituito da una radicale critica verso la totale assenza di adeguati presidi pubblicistici, determinata dalla esaltazione delle presunte capacità autoregolatrici del mercato. Si è così osservato che l'arretramento continuo del diritto «a favore dell'equivoca libertà contrattuale posta a sostituzione della norma, ha creato imprese e mercati, le cui attività sono sottratte a ogni vigilanza,

⁹³ *Ivi*, p. 229.

sicché l'asimmetria contrattuale, che ovviamente favorisce il contraente forte, detta la regola»⁹⁴.

E, ancora, si è rilevata criticamente la degenerazione economicistica degli assetti giuridici, con «un progressivo passaggio dalla *lex mercatoria* alla *lex mercatorum*»⁹⁵.

Il diritto, in altri termini, finisce col piegarsi alle istanze e agli interessi egoistici degli operatori finanziari. E tanto si realizza «mediante un'eccessiva valorizzazione dell'autonomia (che riduce l'autoresponsabilità), attraverso un *agere* negoziale non ispirato alla conservazione dei valori individuali della persona [...], con un acritico [...] perseguimento dell'interesse dei mercanti, dei venditori di prodotti finanziari che tentano di approfittare dell'intervenuta svalutazione delle regole»⁹⁶.

Colpisce che una denuncia così vigorosa e puntuale delle “istanze tecnico-finanziarie” di fuga dal “controllo pubblico” provenga da voci dottrinali di “area privatistica”. In altre parole, proprio coloro che, per vocazione disciplinare e per attitudine culturale, dovrebbero essere più portati ad accentuare gli spazi giuridici dell'iniziativa privata ci mettono, consapevolmente, in guardia dai pericoli di una indiscriminata riduzione delle forme di vigilanza pubblica sui processi economici. Segnalano i rischi che una legittimazione, anche culturale, dell'autocrazia finanziaria può comportare per i diritti fondamentali.

Ma allora, se tanto è, non lasciamo che prevalga una nuova, impenetrabile e insindacabile “ragione finanziaria”. In un'epoca in cui nella stessa materia penale bisogna rilevare che «le leggi economiche, il mercato orientano e condizionano [...] le scelte di politica criminale»⁹⁷, riaffermiamo la dimensione politica e personalistica del diritto. Sempre e in ogni sua articolazione.

⁹⁴ G. ROSSI, *Quale capitalismo di mercato?*, in *Riv. soc.*, 2008, p. 907.

⁹⁵ G. ALPA, *Mercati mondiali in crisi. Ragioni del diritto e cultura globale*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, p. 93.

⁹⁶ *Ivi*, pp. 93-94.

⁹⁷ A. R. CASTALDO, *Introduzione*, in *ID.*, *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Torino, 2016, p. XVIII.



Costituzionalismo.it

Fondatore e Direttore dal 2003 al 2014 Gianni **FERRARA**

Direzione

Direttore Gaetano **AZZARITI**

Vicedirettore Francesco **BILANCIA**

Giuditta **BRUNELLI**

Paolo **CARETTI**

Lorenza **CARLASSARE**

Elisabetta **CATELANI**

Pietro **CIARLO**

Claudio **DE FIORES**

Alfonso **DI GIOVINE**

Mario **DOGLIANI**

Marco **RUOTOLO**

Aldo **SANDULLI**

Dian **SCHEFOLD**

Massimo **VILLONE**

Mauro **VOLPI**

Comitato scientifico di Redazione

Alessandra **ALGOSTINO**, Gianluca

BASCHERINI, Marco **BETZU**,

Gaetano **BUCCI**, Roberto

CHERCHI, Giovanni **COINU**,

Andrea **DEFFENU**, Carlo

FERRAJOLI, Marco

GIAMPIERETTI, Antonio

IANNUZZI, Valeria **MARCENO'**,

Paola **MARSOCCI**, Ilenia **MASSA**

PINTO, Elisa **OLIVITO**, Laura

RONCHETTI, Ilenia

RUGGIU, Sara **SPUNTARELLI**,

Chiara **TRIPODINA**

Redazione

Elisa **OLIVITO**, Giuliano **SERGES**,

Caterina **AMOROSI**, Alessandra

CERRUTI, Andrea **VERNATA**

Email: info@costituzionalismo.it

Registrazione presso il Tribunale di Roma

ISSN: 2036-6744 | Costituzionalismo.it (Roma)