

KLAUS VOLK

LECTIO MAGISTRALIS:
PROLEGOMENA DI UNA PARTE GENERALE
DEL DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

SOMMARIO

1. *Agire ed omettere*. 2. *Autoria e concorso*. 3. *Dolo e colpa*. 4. *Errore sul fatto ed errore sul diritto*. 5. *Giustificazione e scusa*. 6. Il "quarto livello". 7. *Il diritto processuale*. II. *Nuove categorie*. 1. *Competenza*. 2. *Delega*. 3. *Le decisioni collegiali*. 4. *Effetti cumulativi*. 5. *Decisioni in presenza di rischi*. *Consenso ed autorizzazione*. III *Prospettive*.

È un grande, inestimabile onore per me poterVi parlare in questa occasione. Qui, ad Urbino, sono stato più volte professore ospite. Qui ho trovato molti amici ed una mia seconda patria scientifica. Qui ho tenuto, in occasione di Convegni e Giornate di studio, relazioni in cui a volte ho riferito della situazione tedesca, altre volte, invece, ho anche sollecitato una discussione su nuove idee. Oggi mi sento particolarmente obbligato a mettere in scena una piccola *première*. È una *première* per la quale finora non vi è stata alcuna prova generale. Sono ben consapevole, quindi, che con questa nuova *pièce* posso fallire. Ma almeno, qui ad Urbino, mi sento sicuro che il pubblico non urlerà "Buuuh".

Vorrei parlare di qualcosa che non esiste ancora, cioè di una parte generale del diritto penale dell'economia. Le forme di pensiero tradizionali della nostra parte generale appaiono sempre meno adeguate ai casi che trattiamo riconducendoli al vago concetto sintetico di criminalità economica. Cercherò di mostrarlo attraverso tesi che, per necessità, posso motivare qui solo brevemente. In seguito, vorrei menzionare alcuni criteri specificamente economici, che dovremmo assimilare e sistematizzare all'interno della nostra dommatica.

Indaghiamo, dunque, innanzitutto intorno alle categorie ed ai criteri correnti dell'imputazione penale.

1. Agire ed omettere

Questa distinzione non è importante. Soprattutto, non si può ritenere che, nel diritto penale dell'economia, da essa dipenda la punibilità o la non punibilità di una condotta; ed è anche giusto così.

In relazione alla responsabilità per prodotti difettosi, l'irrelevanza della distinzione è evidente. Che il prodotto difettoso sia difettoso e pericoloso perché qualcuno, nel corso del processo produttivo, ha fatto qualcosa di sbagliato, o perché qualcuno ha ommesso di intervenire contro errori di altri o del sistema, non è di alcun interesse per chi ha sofferto a causa del prodotto. Neppure il diritto penale può lasciare che la questione se si tratti di azione o di omissione decida dell'esistenza del reato. Altrimenti, quest'ultimo finirebbe col dipendere dall'organizzazione del sistema produttivo che venisse di volta in volta in considerazione, e quindi dal caso o dalle decisioni arbitrarie di chi dirige l'impresa. In questo settore, spesso la distinzione tra agire ed omettere all'interno di un sistema complesso è a mala pena possibile, e non è neppure necessaria¹.

In rapporto alla distribuzione di prodotti difettosi le cose stanno in maniera un po' diversa. Qui si può distinguere chiaramente tra misure che mettono il prodotto sul mercato e misure che sono state omesse, e che avrebbero dovuto toglierlo dal mercato. La distinzione tra agire ed omettere è dunque molto semplice, ma per la punibilità della condotta è priva di qualsiasi rilievo. Infatti, nell'ipotesi dell'omissione non c'è da preoccuparsi in relazione alla sussistenza di un obbligo del garante: esso risiede sempre nell'agire precedente (la cosiddetta "Ingerenz").

Ad un secondo esempio dell'irrelevanza della distinzione tra agire ed omettere vorrei solo accennare, gettando incidentalmente uno sguardo sui reati contro il patrimonio. Possiamo osservare quasi in tutti i settori della tutela penale del patrimonio che non importa più se si sia data un'informazione falsa o si sia ommesso di chiarire errori. Molte fattispecie equiparano agire ed omettere². In relazione agli obblighi di tenere informato un pubblico anonimo (per esempio nel mercato dei titoli di credito) non vi è alcuna differenza, e nei reati

¹ Ho esposto queste riflessioni più ampiamente in un contributo ad un convegno tenutosi a Napoli nel 1987. Esse sono pubblicate in *Festschrift für Tröndle*, Berlin-New York, 1989, p. 219 ss.; la traduzione italiana si trova in VOLK, *Sistema penale e criminalità economica*, Napoli, ESI, 1998, p. 61 ss.

² In Germania, ciò avviene, ad esempio, nel settore della tutela degli investitori, del mercato dei capitali, della cura di patrimoni altrui (infedeltà patrimoniale), dei reati tributari, ecc.

che presuppongono un contatto individuale (come ad esempio la truffa) la posizione di garanzia consegue di regola al contatto stesso.

2. *Autoria e concorso*

Come sapete, in Germania abbiamo un sistema molto finemente differenziato, al cui interno le diverse forme dell'autoria vengono delimitate rispetto alla determinazione e alla complicità. Nel diritto penale dell'economia si delinea, peraltro, una chiara tendenza verso un modello unitario, indifferenziato di autoria³. La ragione di ciò risiede soprattutto nel fatto che alla base dei reati economici vengono posti beni giuridici superindividuali. Solo due esempi: la truffa nelle sovvenzioni è un'aggressione all'istituzione della sovvenzione, quale strumento del governo dell'economia, e nei reati di borsa è in gioco la funzionalità del mercato dei capitali. Ma se si tutelano istituzioni e funzioni *per se*, allora ogni contributo al fatto è un'aggressione all'esistenza dell'istituzione ed al funzionamento "indisturbato" di un sistema. Il bene giuridico livella i contributi al fatto. Così, quanto più si porta avanti l'astrazione dei beni giuridici e quanto più ci si allontana da concezioni individualistiche, tanto più diviene difficile – e, dal punto di vista del bene giuridico, sempre più privo di senso – tenere distinti dal "caso normale" di un'azione disfunzionale i casi meno gravi, di complicità. L'ambito di applicazione della complicità scompare. La maggior parte degli attori sono "determinanti" per il perturbamento del sistema o della funzione, ovvero, sono autori, coautori, autori mediati o determinatori.

3. *Dolo e colpa*

Il dolo eventuale è stato, storicamente, una costruzione volta a comprendere i casi in cui non si riusciva a provare il dolo diretto. Risultava significativo soprattutto nei reati di omicidio. Dei problemi che oggi abbiamo con questa forma del dolo sono responsabili soprattutto due linee evolutive. Da quando è scomparsa la *praesumptio doli* dobbiamo confrontarci molto più di prima con la distinzione tra concetto

³ Ho illustrato questa tesi più dettagliatamente in *Festschrift für Roxin*.

e prova del dolo e con le difficoltà di una tale prova⁴. Inoltre, la forma di pensiero della generalizzazione, che sorregge la parte generale e che purtroppo ricorda anche la giurisprudenza dei concetti, ha fatto sì che si applicasse un concetto unitario di dolo eventuale a tutti i reati descritti nella parte speciale, senza preoccuparsi delle loro peculiarità. La dottrina tedesca si chiede soltanto se l'autore abbia intravisto il rischio di realizzare gli elementi di un reato. Non si chiede, invece, di che specie di rischio si tratti, e neppure di che specie di reato⁵. Essa tratta il rischio di presentare alle autorità tributarie una falsa dichiarazione fiscale esattamente allo stesso modo del rischio di una falsa dichiarazione al giudice, e non distingue, in rapporto ad "operazioni rischiose", tra un'operazione medica ed una di economia aziendale. Non distingue neppure tra un rischio che potrebbe riguardare chiunque (come ad esempio nel caso della vendita di pneumatici di automobili o di prodotti medicinali) o soltanto un determinato gruppo (come ad esempio gli azionisti di una S.P.A.) o un singolo (la controparte contrattuale).

4. Errore sul fatto ed errore sul divieto

Nell'errore sul divieto l'autore sa ciò che fa, ma ritiene erroneamente che non sia vietato. Nella forma di manifestazione dell'errore diretto sul divieto, egli non conosce la norma di divieto. Nell'errore indiretto è consapevole del divieto, ma crede erroneamente di essere assistito da una causa di giustificazione e perciò di non agire in modo illecito, ma conforme al diritto. Anche qui, le cose stanno, nel diritto penale comune, in maniera completamente diversa da quanto vale per il diritto penale dell'economia.

Nel diritto penale comune ci muoviamo intorno ai dieci comandamenti. Nessuno potrebbe discolparsi sostenendo di non sapere che non si può rubare. L'errore evitabile sul divieto è, in effetti, una causa solo facoltativa di diminuzione della pena. Nell'ambito corrispondente

⁴ A ciò si aggiunge il fatto che non si riconosce più il *dolus ex re*; cfr. sul punto il mio contributo alla *Festschrift für Arthur Kaufmann*, pubblicato in italiano in VOLK (nota 1), p. 107 ss.

⁵ Il BGH afferma, con giurisprudenza costante, che al cospetto del rischio di un'azione mortale vi sia una "soglia elevata di inibizione"; questa è l'unica differenziazione, per giunta estremamente dubbia, operata all'interno del dolo eventuale.

al cosiddetto nucleo (*Kern*) del diritto penale ogni errore diretto sul divieto è evitabile (conosco noti e seri avvocati penalisti che, allo scopo di evitare figuracce, pretendono dai loro collaboratori, soprattutto dai giovani, che si facciano autorizzare ogni singola proposizione in cui compare l'espressione "errore sul divieto").

Nel diritto penale dell'economia, che in gran parte è diritto penale complementare – ovvero diritto penale regolato al di fuori del codice penale – vi sono molte norme che quasi nessuno conosce. Nella nostra Repubblica iperregolata, la maggioranza delle condotte è punibile, o comunque almeno sanzionabile in quanto illecito amministrativo. Ma chi si muove per professione in determinati settori della vita di relazione deve necessariamente conoscere anche le relative norme. Il custode di un deposito di carburante non può appellarsi con successo all'ignoranza della legge sullo smaltimento di oli esausti. Anche qui, seppure per ragioni del tutto diverse, l'errore diretto sul divieto è una fata Morgana dei manuali.

Dell'errore indiretto sul divieto parlerò un po' più tardi. Per ora dobbiamo occuparci dell'ambito di applicazione dell'errore sul fatto. Esso è molto più ampio nel diritto penale dell'economia che nel diritto penale del cosiddetto nucleo. Ciò dipende dalla tecnica legislativa. Il diritto penale dell'economia è caratterizzato da rinvii e norme in bianco. Così, ad esempio, nella norma penale tedesca sull'evasione fiscale viene sancito che si rende punibile chiunque inganni su circostanze "rilevanti ai fini fiscali". Queste parole costituiscono un rinvio in bianco all'enorme settore del diritto tributario, che dichiara rilevanti ai fini fiscali numerose circostanze in numerose leggi. Che cosa deve accadere, allora, a colui che non conosceva una legge tributaria e perciò non sapeva che determinate circostanze fossero rilevanti a fini fiscali? Versa costui forse in un errore sul divieto, dal momento che non conosce la legge? Secondo l'opinione dominante in Germania, si tratta di un errore sul fatto, perché "la sussistenza di una pretesa fiscale" è un elemento della fattispecie dell'evasione fiscale. In tal modo, per un errore (diretto) sul divieto non residua, nel diritto penale complementare, alcun ambito di applicazione degno di nota. La tecnica del rinvio e della norma in bianco fa dell'errore sul divieto un errore sul fatto⁶.

⁶ Ciò non è espresso del tutto correttamente. Più precisamente, questa tecnica fa di un "errore di diritto", nel senso della teoria dell'errore del *Reichsgericht*, certo non

Se si vuol trarre da tutto ciò un bilancio schematico, allora si può dire che un errore su norme fondamentali è sempre errore sul divieto, mentre un errore su norme di rinvio dà luogo ad un errore sul divieto nel diritto penale del 'nucleo', mentre nel diritto penale complementare rileva come errore sul fatto. Questi errori saranno sempre evitabili. Il risultato è, dunque, che la cosiddetta *culpa iuris* nel diritto penale del 'nucleo' dà luogo ad una punizione a titolo di dolo, nel diritto penale complementare ad una punibilità a titolo di colpa. Si tratta di una differenza alquanto significativa: non di rado, è la differenza tra punibilità ed esenzione da pena.

5. Giustificazione e scusa

Le cause di giustificazione non giocano alcun ruolo nel diritto penale dell'economia. Non esiste una truffa commessa per legittima difesa. Certo, credo che la prassi proceda in maniera troppo rigoristica. Qualche volta, un'affermazione come quella: "Non ho provveduto a collocare dei filtri per l'aria, perché la mia azienda è in difficoltà e se l'avessi fatto avrei dovuto licenziare degli operai" potrebbe non essere una bugia o un futile pretesto. Quest'obiezione dello stato di necessità viene solitamente respinta, affermando che l'inquinamento atmosferico non è comunque un mezzo appropriato per conservare posti di lavoro⁷. La supposizione erronea di essere coperto da una causa di giustificazione, ovvero, l'errore indiretto sul divieto, non dà luogo all'esclusione del dolo, perché l'errore concerne sempre solo l'esistenza o i confini di una causa di giustificazione⁸.

Legittima difesa e stato di necessità, pur non essendo concepiti come diritti che servano soltanto alla difesa di interessi individuali esistenti, sono in realtà ridotti a tale ambito di applicazione. Per quanto concerne gli interessi economici dell'industria e del commercio

un "errore su circostanze di fatto" nel senso di quella risalente teoria, ma, tuttavia, un errore sul fatto (secondo la moderna teoria dell'errore).

⁷ Peraltro, si tratta di un argomento difficilmente conciliabile con la politica ufficiale: anche il commercio internazionale, da parte delle autorità governative, di quote di inquinamento atmosferico non è altro che una politica industriale e del mercato del lavoro.

⁸ Detto diversamente: se le condizioni supposte erroneamente fossero vere si tratterebbe di una causa di giustificazione.

ed altri beni giuridici sociali superindividuali, lo Stato si è riservato il monopolio del richiamo a tali diritti di necessità; esso è precluso, invece, all'economia ed alle imprese.

In relazione alle scusanti, manca del tutto il consenso sociale. Nessuno deve potersi appellare a situazioni psichiche eccezionali. Non di rado ho avuto esperienza diretta di assistiti, in rapporto ai quali mi sono domandato in silenzio se i loro atteggiamenti potessero considerarsi ancora come le nevrosi di uomini di successo o avessero già la consistenza di una malattia. Perché, ad esempio, la dipendenza dal successo non dovrebbe poter costituire una dipendenza anche dal punto di vista psichiatrico? Eppure, se qualcuno presentasse la richiesta di mandare in una clinica neurologica l'autore di reati economici per una perizia psichiatrica, correrebbe il rischio di finirci lui.

6. Il "quarto livello"

Al di là di tipicità, antigiridicità e colpevolezza troviamo le cause sopravvenute di esclusione della pena ed altre figure giuridiche sul cui inquadramento dommatico predominano i contrasti. Alcune di esse appartengono, probabilmente, ad una di quelle tre categorie della teoria generale del reato, altre esprimono considerazioni politico-criminali, ed una terza specie assegna a finalità extrapenali un rango prioritario rispetto alla giustizia penale⁹. Solo quest'ultimo gruppo svolge un ruolo significativo nel diritto penale dell'economia. In rapporto ad esso, l'autore e lo Stato quale vittima sono eccezionalmente concordi nei loro intenti: è in gioco il denaro. L'autodenuncia del diritto penale tributario non si può vedere come un'ulteriore manifestazione delle ragioni politico-criminali che legittimano la rinuncia alla pena in presenza di un recesso o di un ravvedimento operoso. Piuttosto, la si potrebbe definire un'amnistia a pagamento. E le cose non stanno diversamente in relazione al pagamento tardivo di contributi all'assicurazione sociale (§ 266 a StGB).

Il recesso dal tentativo non svolge quasi alcun ruolo nel diritto penale dell'economia, perché la maggior parte dei reati economici si consumano così presto che vi è a mala pena tempo per recedere. Il

⁹ Fondamentale ROXIN, AT, III ed., § 23.

legislatore ha anticipato drasticamente, in vasti settori, il momento consumativo ad atti prodromici rispetto al danno per il bene giuridico, creando reati di pericolo. Perciò, ha previsto in rapporto ad essi delle possibilità di procurarsi successivamente un'esenzione da pena. Esse servono, come ho accennato, agli interessi di politica fiscale dello Stato. Recentemente, a ciò si è aggiunto un ulteriore interesse: ad esempio, chi ha commesso un fatto di riciclaggio può procurarsi un'esenzione da pena denunciando altri autori di riciclaggio¹⁰. Discipline di questo tipo venivano occultate, con maggiore o minore pudore, introducendole in leggi speciali, quali discipline premiali per la collaborazione processuale. Ora esse si trovano nel codice penale. Non c'è da meravigliarsi: anche qui è in gioco, in definitiva, ancora una volta il denaro.

7. Il diritto processuale

A questo punto abbiamo ispezionato la teoria generale del reato a tutti i suoi livelli. Secondo la concezione tradizionale, se andassimo oltre dovremmo abbandonare il settore del diritto sostanziale ed entrare nel campo del diritto processuale. Non vorrei farlo qui, per quanto ne sia tentato. In effetti, nel diritto processuale esistono, in particolare per i reati economici, diverse strategie di soluzione di conflitti e di estinzione del procedimento che tendono ad una decriminalizzazione ed hanno efficacia di cause di esenzione da pena. Accontentiamoci di questo sguardo al di là del confine con il diritto processuale e torniamo alla dommatica della parte generale.

II. Nuove categorie

Vorrei ora prendere in considerazione alcuni *topoi* del pensiero imprenditoriale ed interrogarmi sul loro significato per il diritto penale.

¹⁰ § 261 co. 10 StGB.

1. Competenza

I pubblici ministeri, all'inizio delle loro indagini, si fanno consegnare, per prima cosa, un organigramma dell'impresa e cercano coloro che potrebbero essere competenti in rapporto all'accadimento concreto. Specularmente, molti potenziali imputati cercano di difendersi eccependo di non essere competenti in materia, o, comunque, di non essersene occupati. Chi era competente, fa meglio a non difendersi sostenendo di non aver fatto alcunché, ma di aver soltanto omissa qualcosa; neppure i pubblici ministero pongono domande al riguardo. Chi era competente, non prende neppure in considerazione l'idea di difendersi affermando di non poter essere l'autore, ma solo un determinante o un complice.

Certo, il giudice tende a far coincidere la responsabilità penale con la competenza all'interno dell'azienda. Questo è sbagliato. Ma è vero, invece, che le distinzioni tra agire ed omettere e tra le diverse forme di concorso non giocano alcun ruolo, o solo un ruolo secondario.

Peraltro, il diritto penale, seppure in premessa segua il criterio della distribuzione delle competenze così come è effettuata all'interno dell'impresa, alla fin fine, invece, lo supera. Nel diritto societario vige, infatti, il principio secondo cui in situazioni eccezionali di crisi, in cui è coinvolta l'intera impresa, la direzione aziendale è competente nel suo insieme e per tutto¹¹. L'imputazione penale concerne, di regola, siffatte situazioni di crisi.

2. Delega

Chi delega un compito, mantiene la relativa competenza. Colui a cui il compito è stato trasferito può rendersi anch'egli punibile mediante il suo adempimento. Dunque, la delega non esenta da responsabilità, bensì crea soltanto un nuovo rischio penale. La punibilità del collaboratore subordinato non può cogliersi esattamente impiegando le categorie tradizionali. Chi consegna al suo capo una bozza di delibera, al cui interno elabora delle nuove idee stupende, che però, purtroppo,

¹¹ Si tratta del principio della responsabilità generale e della competenza globale della direzione aziendale, cfr. BGHSt 37, 106 (124), che riguarda il cosiddetto caso dello "spray per pelli".

sono un po' criminali, dovrebbe essere propriamente trattato quale determinatore. Certamente, ciò non sarebbe per nulla piacevole per il capo, che ha presentato le nuove idee come sue. Anche il pubblico ministero si orienterà più alla competenza decisionale che all'origine del relativo contenuto, e tratterà chi ha consegnato la bozza non come causa prima, ma come figura marginale.

Il bilancio dei punti relativi a competenza e delega è, quindi, che nel diritto penale dell'economia bisogna far riferimento alle strutture organizzative, normativamente regolate, dell'iscrizione di responsabilità e non ci si può, invece, orientare in base a chi di fatto aveva nelle mani l'accadimento. La considerazione della situazione di fatto è appropriata soltanto eccezionalmente, come accade anche nel diritto societario, e cioè quando un uomo di potere ha fatto saltare le strutture giuridiche.

3. Le decisioni collegiali

In alcuni recenti lavori, queste decisioni sono state analizzate accuratamente alla stregua dei criteri classici dell'autoria e del concorso¹². Se si modificano e modernizzano un po' quei criteri, essi mantengono del tutto la loro capacità di prestazione. I risultati non sono sorprendenti. Sullo stesso livello decisionale, quindi in presenza di una distribuzione orizzontale di competenze e responsabilità, troviamo soltanto autori. Per quanto concerne la distribuzione verticale, vengono in mente i giochi d'acqua di Villa D'Este: il potere scorre da livello a livello, generando cascate di autoria mediata. La possibilità di profilarsi quale mera figura ornamentale marginale, ovvero come complice, sussiste, ma è esigua. Conseguire questi semplici risultati presuppone, in Germania, un notevole sforzo intellettuale e comporta per lo più dei grandi mal di testa. Ma qui, in un Paese dove vige un modello unitario del concorso di persone, non posso aspettarmi alcuna compassione al riguardo. Meglio parlare allora del prossimo punto.

¹² Cfr. soprattutto KNAUER, *Die Kollegialentscheidung im Strafrecht*, München (C.H. Beck), 2001.

4. Effetti cumulativi

Il mondo dell'economia vive di effetti sinergici e cumulativi (o almeno, vive dell'asserzione di volerli conseguire). Essi rivestono un ruolo anche nel diritto penale dell'economia. Mentre nei manuali, dal XIX secolo, due nipoti sono occupati a somministrare indipendentemente l'uno dall'altro al loro comune zio ricco una dose di veleno di per sé insufficiente, nella vita reale sono due imprese ad immettere le loro quantità, di per sé ancora tollerabili, di acque di scarico tossiche in uno stesso fiume, determinandone la morte biologica. Si tratta di un classico problema di causalità in forma moderna.

Un problema moderno di causalità, che mette in crisi il concetto classico di causalità, si pone in tutte le ipotesi in cui si ritiene che un prodotto complesso sia causale, ma nessuna delle sue componenti è collegata all'evento da una legge naturale. In Germania, è stato così nel caso dello *spray* per pelli (qualcosa all'interno del contenitore dello *spray* doveva essere tossico) e nel caso della vernice protettiva per il legno (c'era una sostanza tossica contenuta nella lacca, ma nessuno sa quali siano gli effetti di tali sostanze tossiche se assunte in piccolissime dosi per molto tempo). In tali casi, la Corte suprema federale ha ritenuto sufficiente, ai fini della causalità, che altre plausibili cause fossero escluse. Ciò finisce per far sì che all'esattezza delle scienze naturali si sostituisca la probabilità statistica¹³.

Chi ha aperto il vaso di Pandora non deve poter affermare di non aver saputo esattamente cosa vi fosse dentro, perché sventure, questo si sa, ne porta sempre.

Avevo promesso, è vero, di non cedere al mio *hobby* e di non indagare sui rapporti tra diritto sostanziale e processuale. Ma spero che mi perdonerete se vengo per un momento meno alla parola. Ha poco senso pretendere nel diritto sostanziale l'assoluta sicurezza del nesso tra A e B ed accontentarsi, invece, nel diritto processuale, in rapporto allo stesso nesso, di un'alta probabilità, per supposte ragioni specifica-

¹³ Cfr. VOLK, *Kausalität im Strafrecht*, in *NStZ* 1996, p. 105 ss.; trad. it. in VOLK (nota 1), p. 85 ss. A questa mutazione della condizione *sine qua non* in mera probabilità avrei potuto far riferimento già in relazione alle decisioni collegiali. Infatti, è difficile spiegare l'efficienza causale della condotta individuale, all'interno dell'organo collegiale, in rapporto all'evento verificatosi.

mente processuali. Non trovo, dunque, scioccante che l'era del dogma della condizione conforme a leggi si stia concludendo. Forse, per illustrare questi rapporti tra definizione concettuale e prova nel processo, posso fare riferimento al diritto americano. In quel sistema, in molti casi il problema della causalità viene visto come questione di fatto e perciò viene rimesso alla decisione della giuria, cioè a dodici giudici laici. Questo è naturalmente un esempio estremo, tratto dalla terra della libertà e dell'avventura. Quello che intendo dire posso illustrarlo meglio attraverso confronti europei. L'elemento pragmatico può comparire già nel concetto; non c'è bisogno di rinviarne l'emersione al processo. Ciò corrisponde alla tradizione della vecchia Europa fino alla fine del XIX secolo, anche nei Paesi dell'Europa continentale dello *ius commune*, e rivivificarla significa fare qualcosa in direzione dell'unificazione del diritto penale europeo.

5. Decisioni in presenza di rischi

Gli imprenditori si mostrano volentieri come propensi al rischio. Se la cosa è andata bene, si è orgogliosi del successo conseguito. Se è andata storta, si afferma, *a posteriori*, di non esser stati così propensi a rischiare; in tal caso, si sostiene che purtroppo è successo, nonostante ogni attenzione e cautela. Il rischio non era stato affatto intravisto, e men che mai accettato. Di dolo diretto non si potrebbe comunque parlare. Solo eventi positivi vengono presi di mira; eventi negativi non si prendono mai di mira.

Questa retorica delle direzioni aziendali ha un nucleo di verità. Effettivamente, le decisioni vengono prese spesso dopo analisi molto attente dei rischi. Ebbene, come procede il diritto penale con un'imprenditore che si espone ad un alto rischio di conseguenze lesive – più del 50 % – perché l'utile atteso è sproporzionatamente più alto del danno che eventualmente si dovrà sopportare? Secondo l'opinione corrente, lui si dovrà rimproverare di aver agito con dolo eventuale, perché il pericolo dell'esito infausto dell'azione era maggiore rispetto alla *chance* di successo, cosicché evidentemente il possibile danno era stato accettato, letteralmente "calcolato", e non si sarebbe potuto confidare in un esito positivo. Ma argomenti di questo tipo vanno bene quando si lotta con armi da punta o da taglio, non quando si lotta per denaro e potere.

Quello che ancora manca è un confronto tra i criteri che sono stati elaborati nell'ambito della teoria delle decisioni dell'economia aziendale, soprattutto in rapporto alle decisioni in presenza di rischi, ed i nostri criteri penalistici in tema di dolo. In effetti, con il concetto di dolo eventuale non cerchiamo di afferrare nient'altro che un elemento della decisione contro il diritto¹⁴.

6. *Consenso ed autorizzazione*

Dicevo in precedenza che le cause di giustificazione classiche sono quasi prive di significato nel diritto penale dell'economia. A questo punto devo, se non ridimensionare l'affermazione, almeno integrarla. L'approvazione di colui che è legittimato a disporre esclude, in materia di tutela penale del patrimonio, il danno o la contrarietà della condotta all'obbligo¹⁵. Il consenso, dunque, non elimina solo l'antigiuridicità, ma ancor prima la tipicità¹⁶.

L'autorizzazione dell'autorità è una causa di giustificazione che dal punto di vista pratico rileva soltanto in rapporto alla criminalità economica, soprattutto ai reati contro l'ambiente. Dietro quella figura giuridica si nascondono molti problemi di fondo. Essa concede rango prioritario alle autorità amministrative, vincolando il diritto penale al diritto amministrativo. Da una parte, il diritto penale non può fissare autonomamente i parametri dell'agire conforme alle esigenze ambientali, dall'altra, però, in virtù di tale carattere accessorio, vengono criminalizzate anche condotte il cui contenuto d'illecito consiste solo nel fatto di aver agito in contrasto con l'apparato di controllo delle autorità amministrative. Come deve valutare, il diritto penale, una condotta che era conforme ai requisiti richiesti per l'autorizzazione, ma nel caso concreto non era autorizzata? Come vanno risolti i conflitti che sorgono dalla circostanza per cui le autorità amministrative possono reagire in modo flessibile, secondo il principio di opportunità, mentre gli organi deputati all'esercizio dell'azione penale sono obbligati ad

¹⁴ Cfr. ROXIN, *AT*, § 12, Rn. 21 ss.

¹⁵ Ciò vale corrispondentemente anche per l'autorizzazione da parte della pubblica autorità nei delitti di corruzione.

¹⁶ Cosa che molti sostengono, in rapporto al consenso, in maniera generalizzata, cfr. per es. ROXIN, *AT*, § 13, Rn. 11 ss.

agire? Conflitti teleologici di questo tipo non emergono altrove, nella parte generale del diritto penale. Essi possono essere compresi solo all'interno di una teoria del reato che, andando oltre le categorie tradizionali della parte generale, includa anche elementi di politica del diritto processuale; l'alternativa è rimettersi al pragmatismo non regolato del diritto processuale.

III. Prospettive

Ho enumerato alcuni *topoi* di un pensiero orientato specificamente in senso economico, che attraversano in modo per così dire "obliquo" le nostre categorie consuete. Non si tratta di far sì che il diritto penale venga ricondotto al modo di pensare ed alle forme dell'agire economico, o che addirittura si sottometta ad entrambi. Piuttosto, è necessario che vengano elaborati criteri penalistici che siano in grado di cogliere adeguatamente i modelli di condotta e i processi decisionali del mondo dell'economia; questo significherebbe rendere applicabili la dottrina del diritto penale e i suoi fondamenti politico-criminali a quelle strutture del reale.