



UNIMORE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
MODENA E REGGIO EMILIA

Quaderni Fondazione Marco Biagi

Roberto Pinardi (a cura di)

Responsabilità degli enti e tutela del lavoratore

Atti del Seminario svoltosi il 18 febbraio 2022 a Modena,
presso la Fondazione Marco Biagi

2022

Quaderni Fondazione Marco Biagi

ISSN 2239-6985

Registrazione presso il Tribunale di Modena n. 2031 del 03/05/2011

Responsabilità degli enti e tutela del lavoratore

Roberto Pinardi (a cura di). Modena: Fondazione Marco Biagi, 2022

© Copyright 2022 degli autori

ISBN 979-12-81397-15-6

Comitato di direzione

Tindara Addabbo, Francesco Basenghi (Direttore Responsabile), Tommaso M. Fabbri

Comitato scientifico

Marina Orlandi Biagi (Presidente), Tommaso M. Fabbri (Vice Presidente), Tindara Addabbo, Edoardo Ales, Francesco Basenghi, Janice Bellace, Susan Bisom-Rapp, Ylenia Curzi, Luigi E. Golzio, Frank Hendrickx, Csilla Kollonay, Alan Neal, Roberto Pinardi, Ralf Rogowski, Riccardo Salomone, Iacopo Senatori, Yasuo Suwa, Tiziano Treu, Manfred Weiss

Comitato di redazione

Ylenia Curzi, Alberto Russo, Olga Rymkevich, Iacopo Senatori

Editore

Fondazione Marco Biagi, Università di Modena e Reggio Emilia

Largo Marco Biagi 10, 41121 Modena

Tel. +39 059 2056031

E-mail: fondazionemarcobiagi@unimore.it

INDICE

Introduzione ai lavori del seminario	
<i>Roberto Pinardi</i>	7
Whistleblowing e diritto alla protezione dei dati personali: alla ricerca del ragionevole bilanciamento in ottica di accountability	
<i>Noemi Miniscalco</i>	12
Responsabilità degli enti e “caporalato”: la prospettiva giuslavoristica	
<i>Piera Campanella</i>	24
Caporalato e responsabilità degli enti	
<i>Ludovico Bin</i>	54
Il controllo giudiziario delle aziende e l’amministrazione dei beni sequestrati	
<i>Valentina Camurri</i>	67

INTRODUZIONE AI LAVORI DEL SEMINARIO

Roberto Pinardi

*Professore Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico dell'Università di Modena e Reggio
Emilia - Comitato scientifico della Fondazione Marco Biagi*

Vi dò il benvenuto a questo terzo ed ultimo appuntamento del ciclo di Seminari dedicati al d.lgs. n. 231 del 2001, ossia «La responsabilità amministrativa degli enti a vent'anni dalla sua introduzione», a nome mio, dell'Osservatorio salute e sicurezza negli ambienti di lavoro della Fondazione Marco Biagi e del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia che sono i promotori di questa serie di Incontri.

Il mio compito, oggi, è quello di dirigere i nostri lavori e di introdurre brevemente le relazioni che seguiranno, allo scopo di fornire un quadro sintetico ed insieme complessivo delle tematiche di cui tratteremo.

1. Il ciclo di Incontri sul d.lgs. n. 231 a vent'anni dalla sua introduzione.

Inizio col dire che, come è risultato, del resto, evidente anche a seguito dello svolgimento dei primi due Seminari del presente ciclo, la normativa di cui ci occupiamo non smette mai di lanciare nuove “sfide”, anche a vent'anni dalla sua introduzione, sia agli studiosi sia agli operatori pratici. E si tratta – è bene evidenziarlo immediatamente – di questioni che non risultano confinate, come potrebbe apparire ad una prima e superficiale lettura delle previsioni contenute nel decreto del 2001, al terreno del diritto penale o a quello, contiguo, del diritto processuale penale, ma che investono, viceversa, numerose altre discipline. Da cui una prima e chiara acquisizione circa la necessità - più che la mera opportunità - di analizzare la tematica in oggetto secondo un approccio di indagine che non può non risultare programmaticamente multidisciplinare.

È noto, inoltre, che, diversamente da quanto praticato in altri ordinamenti, in Italia si è dovuto attendere l'inizio del terzo millennio per assistere all'introduzione di una disciplina che regolasse la «responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica», mettendo, così, in discussione il tradizionale principio sintetizzato dal brocardo latino secondo cui *societas delinquere non potest*. All'introduzione di una simile forma di responsabilità, infatti, venivano opposti vari argomenti, a partire da quanto previsto dal primo comma dell'art. 27 della Costituzione,

secondo il quale, com'è risaputo: «La responsabilità penale è personale». Si diceva, infatti, che tale statuizione vietasse, in maniera implicita, la configurazione legislativa di responsabilità a carico delle persone giuridiche nel caso di commissione di reati da parte di organi della stessa. E, d'altra parte, secondo alcuni, risiede proprio in questa previsione costituzionale una delle ragioni principali che hanno indotto il legislatore a qualificare come “amministrativa” e non “penale” la responsabilità di cui al d.lgs. n. 231, sebbene la stessa discenda dalla commissione di un reato (di cui risponde, peraltro, penalmente, direttamente l'autore dello stesso).

Ora, senza voler – né poter, del resto – entrare, in questa sede, nel merito della vexata quaestio circa la natura giuridica della responsabilità in parola (penale, amministrativa o di *tertium genus*), basti qui ricordare come sugli argomenti contrari alla sua introduzione abbia alla fine prevalso la necessità di prevedere, anche nel nostro Paese, una specifica normativa in materia, allo scopo, da un lato, di ottemperare agli impegni assunti dall'Italia in ambito sovranazionale nonché, dall'altro, di combattere la criminalità di impresa.

Dopo due decenni dalla sua introduzione abbiamo quindi ritenuto opportuno fare il punto sull'effettiva implementazione delle singole previsioni normative ed ancor prima dei principi ispiratori del d.lgs. n. 231, organizzando una serie di Incontri finalizzati a far luce su alcune questioni problematiche che ancora contraddistinguono l'esegesi e la concreta applicazione della disciplina *de qua*. Ciò è avvenuto attraverso un percorso che si è articolato in tre tappe successive di approfondimento critico.

In una prima occasione, infatti, con il Seminario svoltosi il 3 dicembre dell'anno scorso, abbiamo concentrato preliminarmente la nostra attenzione su quelle che potremmo definire come le “colonne portanti” della materia, chiamando gli esperti che si sono succeduti a parlare in quella sede a riflettere, anche in chiave comparata, su temi quali il Modello di organizzazione e gestione, l'organismo di vigilanza, il codice etico, il sistema disciplinare.

Nel secondo incontro, del 21 gennaio di quest'anno, l'interesse si è invece spostato sui rapporti, non sempre pacifici, che intercorrono tra la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 231 ed il complesso di previsioni normative che sono poste a presidio della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

Con l'odierno Seminario, infine, proseguendo in una direzione di indagine che ha preso l'avvio dallo studio delle coordinate generali della tematica in esame per poi scendere all'analisi di questioni più specifiche, si è pensato di focalizzare le nostre riflessioni su due

problematiche concernenti il tema della responsabilità degli enti declinata nell'ottica della tutela del lavoratore:

da un lato, infatti, tratteremo della segnalazione degli illeciti negli ambienti di lavoro (il c.d. *whistleblowing*);

dall'altro, discuteremo degli strumenti, di natura tanto sostanziale quanto processuale, di contrasto al preoccupante fenomeno del caporalato.

È inutile dire che in entrambe le ipotesi si tratta di tematiche di grande interesse e di stretta attualità: la rilevanza della prima è testimoniata, tra l'altro, dall'adozione, a livello europeo, della recente Direttiva n. 1973 del 23 ottobre del 2019 – non ancora recepita, ad oggi, dal legislatore italiano – in tema di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione; la seconda, invece, rimanda immediatamente alla tematica della lesione dei diritti dei lavoratori che, come è a tutti noto, la recente emergenza sanitaria dovuta alla pandemia da Covid-19 non ha fatto altro che acuire e dunque rendere ancor più intollerabile.

2. Le odierne relazioni.

All'interno di questo quadro complessivo, le prime due relazioni che tra un attimo ascolteremo sono dedicate all'analisi della disciplina concernente la segnalazione degli illeciti negli ambienti di lavoro.

(A) Nella prima il Prof. Francesco Basenghi, Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università di Modena e Reggio Emilia nonché membro del Comitato scientifico e Vicepresidente della Commissione di Certificazione della Fondazione Marco Biagi, ci parlerà, secondo la prospettiva propria del diritto del lavoro, di un istituto la cui disciplina si presenta estremamente frammentaria e che, nell'ambito del lavoro nelle imprese private, trae attualmente l'abbrivio proprio dal d.lgs. n. 231. Più in generale, la procedura di *whistleblowing* rappresenta uno strumento di compliance di per sé problematico giacché riflette un'evidente tensione (se non proprio uno scontro aperto) tra l'obbligo di fedeltà cui è tenuto il lavoratore e la necessaria emersione di fenomeni di criminalità aziendale. Il giuslavorista, pertanto, è chiamato, da un lato, ad interrogarsi sui confini di tale obbligo, allo scopo di pervenire ad un corretto bilanciamento dello stesso con il contrastante interesse alla promozione della legalità, bilanciamento che non può mai, peraltro – come recentemente affermato dalla Corte di cassazione – giungere a giustificare comportamenti del lavoratore che trasmodino, anche in parte, nella connivenza; e, dall'altro, ad analizzare

criticamente le caratteristiche ed i limiti degli strumenti predisposti dal legislatore, a tutela del lavoratore segnalante, contro eventuali condotte ritorsive poste in essere dal segnalato.

Segnalo, peraltro, che la relazione del Prof. Basenghi non compare tra gli Atti del Seminario non avendo potuto l'Autore, a causa di impegni sopravvenuti, tradurre in uno scritto i contenuti dell'intervento orale svolto nell'ambito del nostro Incontro.

(B) La pratica del *whistleblowing*, inoltre – e con questo vengo alla seconda relazione, affidata alla Dott.ssa Noemi Miniscalco, Assegnista di Ricerca in Diritto pubblico dell'Università di Modena e Reggio Emilia nonché *Data Protection Officer* della Fondazione Marco Biagi – presenta riflessi e problemi anche in materia di trattamento dei dati personali e, nello specifico, di gestione delle informazioni riservate che siano emerse nel corso della relativa procedura. In casi del genere, infatti, la protezione dei dati personali del segnalante (e della sua identità), allo scopo di impedire eventuali ritorsioni, si scontra e va dunque ponderata con l'opposta esigenza alla loro conoscenza, da parte del segnalato, innanzitutto per finalità di natura difensiva. Come coordinare, allora, la tutela del *whistleblower* con quella del segnalato? Certamente nell'ottica della conciliazione degli opposti interessi, un ruolo fondamentale è affidato al Titolare del trattamento (ossia a colui che determina le finalità e i mezzi dello stesso) il quale, in ossequio alla disciplina in materia di protezione dei dati personali, dovrà porre in essere molteplici adempimenti, in ottica di *accountability* e, tra questi, individuare misure tecniche e organizzative adeguate affinché i canali di segnalazione delle violazioni possano dirsi sicuri (e quindi, in primo luogo, tali da impedire la conoscenza dell'identità del segnalante). E, del resto, sotto quest'ultimo profilo, ha avuto modo di fornire utili chiarimenti anche il Garante per la protezione dei dati personali in alcuni recenti provvedimenti.

Alla seconda tematica, invece, ovvero al complesso e cangiante fenomeno del caporalato, sono dedicate, in un'ottica marcatamente multidisciplinare, le altre tre relazioni.

(C) Sotto questo profilo prenderemo le mosse dall'analisi svolta, in una prospettiva giuslavoristica, dalla Prof.ssa Piera Campanella, Ordinaria di Diritto del Lavoro nell'Università di Urbino Carlo Bo, la quale inquadrerà il fenomeno nelle sue coordinate generali per poi passare all'esame delle sue nuove e più recenti espressioni come quella del caporalato digitale. L'economia digitale, infatti, ha creato, sì, servizi più efficienti ed economici a vantaggio dei consumatori, ma ha prodotto, al contempo, gravi effetti distorsivi sul mercato del lavoro, dando vita a fenomeni di vero e proprio "sfruttamento digitale" mediante la creazione di nuove forme di lavoro povero e vulnerabile. Rispetto alle esigenze

emergenti da quest'ultimo fenomeno una prima risposta a livello di europeo è contenuta nella recente proposta della Commissione che è volta all'adozione di una direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro dei *platform workers*, nonché a chiarire il loro *status* occupazionale e a favorire una crescita sostenibile di piattaforme di lavoro digitali all'interno dell'Unione.

(D) Indispensabile, poi, per una corretta ed approfondita disamina del fenomeno del caporalato è la visione offerta da uno studioso del diritto penale. In quest'ottica, pertanto, il Dott. Ludovico Bin, Ricercatore a tempo determinato nell'Università del Salento, ci parlerà dell'introduzione, ad opera del d.l. n. 138 del 2011, convertito in legge n. 148 dello stesso anno, dell'art. 603 bis del codice penale. Tale articolo punisce l'«intermediazione illecita e lo sfruttamento del lavoro» – è questo il *nomen* tecnico del reato definito, dalle cronache, come “caporalato” – fattispecie incriminatrice che è stata poi rimodellata dalla l. n. 199 del 2016. Il dott. Bin si interrogherà, più in particolare, sulla tenuta di tale previsione e sulla sua adeguatezza a reprimere anche le nuove forme di caporalato, per poi affrontare i riflessi del fenomeno indagato sulla responsabilità degli enti e sul Modello di organizzazione e gestione.

(E) La Dott.ssa Valentina Camurri, infine, Dottoranda di ricerca della Fondazione Marco Biagi, si soffermerà sul controllo giudiziario delle aziende e sull'amministrazione dei beni sequestrati. Si tratta di una misura cautelare reale che è stata introdotta dall'art. 3 della già citata l. n. 199 del 2016, proprio per i reati contemplati dall'articolo 603 bis del codice penale, ed alla quale l'autorità giudiziaria deve ricorrere, in luogo del sequestro preventivo, «qualora l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del complesso aziendale» (in termini art. 3, comma 1, l. n. 199 cit.). Nella sua relazione, la Dott.ssa Camurri si chiederà, tra l'altro, se la misura in oggetto possa essere applicata anche nel processo che si celebra ai sensi del d.lgs. n. 231, considerato che il legislatore, ad oggi, non ha offerto, in proposito, indicazioni univoche.

**WHISTLEBLOWING E DIRITTO ALLA PROTEZIONE DEI DATI
PERSONALI: ALLA RICERCA DEL RAGIONEVOLE BILANCIAMENTO IN
OTTICA DI ACCOUNTABILITY**

Noemi Miniscalco

*Assegnista di ricerca in Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università degli studi di Modena e
Reggio Emilia*

SOMMARIO: 1. Il *whistleblowing* nel settore privato: una premessa. – 2. *Whistleblowing* e protezione dei dati personali, alla ricerca di un (ragionevole) bilanciamento. – 2.1. La riservatezza (dell'identità) del segnalante. – 2.2. La limitazione del diritto di accesso del segnalato. – 3. Gli adempimenti cui è chiamato il titolare del trattamento, in ottica di *accountability*. – 4. La conformità della procedura di *whistleblowing* alla disciplina in materia di protezione dei dati personali alla luce dei provvedimenti n. 235 e 236 del 10 giugno 2021. – 5. Concludendo.

1. Il *whistleblowing* nel settore privato: una premessa.

Il *whistleblowing*¹, introdotto in Italia inizialmente nel solo settore pubblico², è stato poi organicamente disciplinato con la legge n. 179 del 2017, che ne ha esteso il campo di applicazione anche al privato, attraverso l'innesto, nella disciplina della responsabilità

¹ Ovvero l'istituto giuridico volto a disciplinare la condotta di quelle persone che segnalano irregolarità o addirittura illeciti penali all'interno del proprio ambito lavorativo», come testualmente definito da NADDEO A., *Prefazione*, in FRASCHINI G. - PARISI N. - RINOLDI D., *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno Editore, Catania 2011, p. 10. Storicamente l'istituto *de quo* si è affermato per la prima volta negli USA. In particolare, come ricorda PARISI N., *La funzione del whistleblowing nel diritto internazionale ed europeo*, in DELLA BELLA A. - ZORZETTO S. (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità. Atti del I convegno annuale del Dipartimento di scienze giuridiche "Cesare Beccaria"*, Giuffrè, Milano, 18-19 novembre 2019, spec. p. 5, il *whistleblowing* «ha preso le mosse dal caso di dieci marinai che, nel 1777 [...] ottennero protezione da pratiche improprie loro riservate [...] da Esek Hopkins, comandante in capo della *Continental Navy*. Al provvedimento legislativo (e poi alla sentenza) che nel caso ripristinò l'osservanza del diritto dei segnalanti alla tutela seguirono il 1863 *False Claim Act*, il 1912 *Lloyd-La Follette Act*, il 1989 *Whistleblowing Protection Act*, il 2009 *Fraud Enforcement and Recovery Act* e il 2012 *Whistleblowing Enhancement Act*: tutti atti normativi indirizzati a far emergere abusi di potere, frodi, atti di corruzione nell'amministrazione federale statunitense». A seguire, molti altri ordinamenti hanno cominciato ad introdurre normative relative al *whistleblowing*. Per una rassegna comparata delle diverse legislazioni in materia si veda THÜSING G. - FORST G., *Whistleblowing - A Comparative Study*, Springer, Cham 2016, spec. pp. 3-30. Invece, specificamente sull'origine del termine cfr. CEVA E. - BOCCHIOIA M., *Is Whistleblowing a Duty?*, Polity Press, Cambridge 2018, p. 3.

² La disciplina del *whistleblowing* nel settore pubblico è stata positivizzata con la l. n. 190 del 2012 che ha modificato il d.lgs. n. 165 del 2001 introducendo l'art. 54/*bis*, rubricato "tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti".

amministrativa da reato degli enti, dei commi 2/*bis*, 2/*ter* e 2/*quater* nel testo dell'art. 6 del d.lgs. n. 231 del 2001³. In conseguenza di tale intervento, pertanto, gli enti privati che intendano implementare (o abbiano implementato) modelli di organizzazione, gestione e controllo⁴ dovranno, in essi, altresì istituire sistemi di segnalazione e misure adeguate a garanzia dei segnalanti, di modo da scongiurare il rischio di atti ritorsivi e/o discriminatori verso questi ultimi diretti.

Più di recente, peraltro, il Parlamento europeo e il Consiglio, nell'ottica della promozione di livelli uniformi di tutela tra gli Stati membri, hanno adottato la Direttiva UE 2019/1937, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni (di taluni settori) del diritto dell'Unione europea⁵, il cui termine di attuazione, fissato per il 17 dicembre scorso, è spirato senza però che, nel nostro Paese, il Governo abbia esercitato il potere legislativo ad esso delegato tramite la l. n. 53 del 2021 (ossia la legge di delegazione europea 2019-2020), esponendo l'Italia al rischio di una procedura di infrazione e di eventuali sanzioni.

Tra le principali novità, la Direttiva UE estende l'ambito di applicazione della disciplina a tutti gli enti privati con più di cinquanta dipendenti, a prescindere dunque dall'adozione di un MOG⁶, nonché il novero dei soggetti beneficiari delle misure di garanzia, includendovi sostanzialmente ogni soggetto collegato in senso ampio all'organizzazione (tra questi, ad esempio, i fornitori, i consulenti e i tirocinanti)⁷. Del pari, rispetto ai presupposti del disvelamento, l'atto normativo *de quo* ritiene sufficiente che i *whistleblowers* abbiano avuto fondati motivi di reputare vere le informazioni divulgate, al momento della segnalazione.

E ciò a differenza di quanto prevede l'attuale disciplina nazionale, per il settore privato, alla luce della quale il *whistleblowing* trova applicazione solo quando l'ente abbia adottato ed attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo, il quale dovrà includere anche:

³ Per una ricostruzione generale della disciplina del *whistleblowing*, sia nel settore pubblico che in quello privato, si vedano, tra gli altri, CORSO S. M., *Segnalazione di illeciti e organizzazione di lavoro pubblico e privato nella disciplina del whistleblowing*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 173 ss.; DELLA BELLA A., *Il whistleblowing nell'ordinamento italiano: quadro attuale e prospettive per il prossimo futuro*, in EAD. - ZORZETTO S. (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., pp. 157-183; nonché, con attenzione al bilanciamento degli interessi, MAGRI M., *Il whistleblowing nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata: la legge n. 179 del 2017 sarà (a breve) da riscrivere?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2019, 2 ottobre 2019.

⁴ Nel prosieguo anche, semplicemente, "MOG".

⁵ La direttiva non ha carattere generale, ma ha un ambito di applicazione materiale settoriale, individuato specificamente all'art. 2. Per una più ampia ricostruzione delle principali disposizioni in tale atto recate (nonché per un raffronto di esse con la normativa italiana) v. PARISI N., *La funzione del whistleblowing*, cit., spec. pp. 21 ss.

⁶ Le imprese con meno di 250 dipendenti avranno però tempo fino al 17 dicembre 2023 per adeguarsi ai nuovi dettati.

⁷ Cfr. art. 4 della Direttiva UE 2019/1937.

a) specifici canali di segnalazione, di cui almeno uno informatico, che garantiscano la riservatezza dell'identità del segnalante, consentendo ai soggetti apicali (*ex art. 5, comma 1, lett. a) d.lgs. n. 231 del 2001*) oppure alle persone sottoposte alla loro direzione o vigilanza (*ex art. 5, comma 1, lett. b) d.lgs. n. 231 del 2001*) «di presentare, a tutela dell'integrità dell'ente, segnalazioni circostanziate di condotte illecite», integranti uno dei reati-presupposto, che siano «fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni» del modello stesso, «di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte»⁸; b) il divieto di atti di ritorsione o discriminatori nei confronti del segnalante per ragioni inerenti alla segnalazione⁹; nonché c) «sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni infondate»¹⁰.

2. *Whistleblowing* e protezione dei dati personali, alla ricerca di un (ragionevole) bilanciamento.

L'istituto, come emerge chiaramente dalla disciplina cui abbiamo accennato¹¹, esprime una tensione tra diversi interessi in rilievo e, tra questi, evidenti riflessi in materia di trattamento dei dati personali coinvolti nelle procedure di *whistleblowing*. Per vero, nella misura in cui l'acquisizione e gestione delle segnalazioni danno luogo a trattamenti di dati personali – taluni dei quali peraltro relativi a condanne penali e reati e, dunque, particolari – riferiti o riferibili tanto al segnalante, quanto al soggetto segnalato o ancora a terzi comunque coinvolti nei fatti rivelati, esse ricadono naturalmente nel campo di applicazione

⁸ Così, testualmente l'art. 6, comma 2/*bis*, lett. a), d.lgs. n. 231 del 2001. Come è stato condivisibilmente rilevato, l'aver circoscritto la segnalazione ai fatti conosciuti «in ragione delle funzioni svolte» potrebbe determinare l'impossibilità di ricorrere al procedimento (e tutele) predisposte per la segnalazione di tutti quegli illeciti o irregolarità di cui si sia venuti a conoscenza al di fuori del rapporto lavorativo o non in relazione alla specifica attività svolta; v. sul punto BORSARI R. - FALAVIGNA F., *Il whistleblowing, obbligo di segreto e "giusta causa" di rivelazione*, in *Resp. amm. soc. enti*, 2018, 2, p. 47.

⁹ Cfr. art. 6, comma 2/*bis*, lett. c) del d. lgs. n. 231 del 2001.

¹⁰ Secondo il disposto di cui all'art. 2/*bis*, lett. d) del d.lgs. n. 231 del 2001. A ciò si aggiunga che per le ipotesi di licenziamento ritorsivo o discriminatorio del soggetto segnalante, oppure di mutamento di mansioni o di qualsiasi altra misura ritorsiva – che peraltro può essere ai sensi del comma 2/*ter* dell'art. 6 d. lgs. 231 del 2001 anche denunciata all'Ispettorato nazionale del lavoro per i provvedimenti di propria competenza – il legislatore ha previsto la sanzione della nullità (cfr. art. 6, comma 2/*quater* del suddetto decreto). Da ultimo, l'art. 3 della l. n. 179 del 2017 ha introdotto delle specifiche regole nelle ipotesi di segnalazione o denuncia relative a rivelazioni di notizie coperte dall'obbligo di segreto di cui agli artt. 326, 622 e 623 del c.p. e all'art. 2105 del c.c. Per un approfondimento sulla disciplina del segreto in relazione ai profili di tutela del dipendente segnalatore di illeciti o irregolarità si veda specificamente CORSO S. M., *Segnalazione di illeciti*, cit., pp. 255-275.

¹¹ E sulla quale si è più ampiamente trattenuto Francesco Basenghi nella sua relazione orale presentata all'odierno Seminario di studi.

anche della normativa privacy di cui al Regolamento (UE) 679/2016¹² e al d.lgs. n. 196 del 2003¹³.

Tant'è che proprio il GDPR, all'art. 88, par. 1, prevede espressamente che il legislatore nazionale possa disporre «norme più specifiche per assicurare la protezione dei diritti e delle libertà con riguardo al trattamento dei dati personali dei dipendenti nell'ambito dei rapporti di lavoro» e tali sono certamente quelle dettate in materia di *whistleblowing*¹⁴.

In tal senso, dunque, le due discipline vanno lette in combinazione e indagate nei loro punti di intersezione. Anzitutto, in astratto, ossia alla luce dell'equilibrio individuato dal legislatore tra i diversi interessi che esse tendono a comporre; poi, in concreto, in relazione alle attività e adempimenti che i singoli enti, in ossequio all'impianto normativo definito, devono porre in essere.

Ora, muovendo proprio dall'analisi in astratto delle normative e dell'assetto degli interessi da esse delineato, le disposizioni sul *whistleblowing* sono spiccatamente dirette alla protezione della riservatezza (dell'identità) del segnalante, nell'ottica della prevenzione dell'adozione di misure discriminatorie o ritorsive nei confronti di tale soggetto, per avere acquisito e rese note notizie di attività illecita nel contesto lavorativo.

A tale interesse, però, nella prospettiva della protezione dei dati personali, viene inevitabilmente a contrapporsi «il diritto del segnalato a conoscere gli elementi essenziali su cui si fondano gli addebiti che gli vengono mossi. In gioco vi sono insomma, da un lato, la tutela del segnalante (funzionale a sua volta al contrasto degli illeciti) e, dall'altro, i diritti alla difesa e al contraddittorio del segnalato, nell'ambito dei procedimenti (disciplinari, civili, penali, contabili, ecc.) che possono derivare da quella segnalazione»¹⁵.

¹² Nel prosieguo anche, semplicemente, “Regolamento” o “GDPR”.

¹³ Di seguito anche “Codice privacy”.

¹⁴ In tal senso, v. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell'art. 54-bis e del d.lgs. 165/2001 (c.d. whistleblowing) di ANAC, provvedimento 4 dicembre 2019, doc. web. n. 9215763*. Tutti i documenti e provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali cui faremo riferimento sono reperibili sul sito istituzionale dell'Autorità al link www.garanteprivacy.it.

¹⁵ In tal senso, GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Audizione di Antonello Soro, Presidente del Garante per la protezione dei dati personali, nell'ambito dell'esame della proposta di legge C. 1751, recante Disposizioni per la protezione degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità nell'interesse pubblico, presso le Commissioni Riunite II (Giustizia) e XI (Lavoro pubblico e privato) della Camera dei Deputati, 22 ottobre 2015, spec. punto 1.*

Vediamo allora partitamente tali opposti interessi e il modo in cui la disciplina del *whistleblowing* su richiamata e quella in materia di protezione dei dati personali individuano un punto di equilibrio tra essi.

2.1. La riservatezza (dell'identità) del segnalante.

Il primo interesse da prendere in considerazione – in ragione della *ratio* stessa della disciplina di settore – è quello della tutela della riservatezza del segnalante. Dell'importanza ad esso assegnata dal legislatore ci si avvede, del resto, già dalla lettera dell'art. 6, comma 2/*bis* del d.lgs. n. 231 del 2001, nella parte in cui sancisce non solo che i MOG devono prevedere dei canali, di cui almeno uno con modalità informatiche, che consentano ai soggetti di presentare segnalazioni, ma anche che essi devono garantire «la riservatezza dell'identità del segnalante».

Il riferimento è, dunque, alla “riservatezza” del segnalante e non, invece, all’“anonimato”, tant'è che solo «la verificata non anonimità della segnalazione consente di ricollegarvi le disposizioni a tutela del whistleblower»¹⁶, le quali, all'opposto, non operano – e non avrebbe senso che operassero in assenza di un potenziale rischio di ritorsione – a fronte di segnalazioni prive di sottoscrizione¹⁷. Un margine di applicazione della disciplina di protezione residua semmai nelle sole ipotesi in cui, pur a fronte di segnalazioni anonime, dall'oggetto di esse, così come dalle circostanze disvelate o dalle informazioni contenute nei documenti allegati sia comunque possibile risalire, sebbene indirettamente, all'identità del segnalante¹⁸.

Le segnalazioni anonime, peraltro, non sono a priori vietate – dato che la legge nulla dispone in tal senso e si pone, rispetto ad esse, in sostanziale neutralità – essendo piuttosto rimessa alla discrezionalità degli enti la decisione in merito all'accettazione o meno di segnalazioni del quale sia ignoto l'autore¹⁹.

¹⁶ Testualmente, CORSO S. M., *Segnalazione di illeciti*, cit., p. 236, cui rinviamo anche per più ampi riferimenti sulla segnalazione anonima e i limiti del suo utilizzo, spec. pp. 279 ss. Nello stesso senso anche PARROTTA A. - RAZZANTE R., *Il sistema di segnalazione interna*, Pacini Editore, Pisa, 2019, spec. p. 54.

¹⁷ Il segnalante, d'altra parte, agisce volontariamente e non sulla base di un obbligo giuridico di denuncia né tanto meno di indagine.

¹⁸ Coerentemente anche con le categorie proprie della disciplina in materia di protezione dei dati personali che qualifica come “dati personali” non solo le informazioni riguardanti direttamente una persona fisica, ma anche quelle che siano ad essa pur solo indirettamente riconducibili (cfr. art. 4 GDPR).

¹⁹ In argomento si veda, tra gli altri, CORSO S. M., *Segnalazione di illeciti*, cit., pp. 279 ss., che ricostruisce anche nel dettaglio il dibattito parlamentare che ha interessato il tema della segnalazione da fonte non nota (spec. pp. 290 ss.).

In tale delineato assetto, una questione problematica è l'ambito di tutela della riservatezza (dell'identità) del segnalante effettivamente riconosciuta: esso copre specificamente le attività di acquisizione e gestione della segnalazione²⁰; non si estende, invece, automaticamente ad altri contesti, facendo emergere un possibile *vulnus* di protezione, spostando sul piano in concreto la (necessaria) individuazione di un punto di equilibrio tra riservatezza del segnalante e necessità di disvelarne l'identità nelle ipotesi, ad esempio, in cui i vertici aziendali debbano (oppure ritengano anche solo opportuno) trasmettere la segnalazione alle autorità competenti²¹, così come di contestazione disciplinare non altrimenti motivabile se non rivelando l'identità del *whistleblower*²².

2.2. La limitazione del diritto di accesso del segnalato.

La disciplina del *whistleblowing*, orientata alla tutela della riservatezza del segnalante, entra in attrito necessariamente con taluni diritti del segnalato e, specificamente, con il diritto di accesso di questi, garantito dall'art. 15 GDPR. Per vero, quest'ultimo, nella misura in cui sancisce che a richiesta dell'interessato gli è consentito di prendere conoscenza delle informazioni relative al processo di trattamento effettuato sui propri dati, se non limitato, rende potenzialmente possibile al segnalato di conoscere anche la fonte da cui le sue

²⁰ Diversamente, peraltro, da quanto previsto dalla disciplina del settore pubblico, e specificamente dall'art. 54/*bis* del d.lgs. n. 165 del 2001 che, al comma 3, sancisce che «qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità».

²¹ Stiamo facendo riferimento alle ipotesi in cui i vertici aziendali ritengano necessaria o anche solo opportuna una trasmissione della segnalazione alle autorità, anzitutto a quella giudiziaria, laddove è sufficiente «una denuncia o un esposto “a tutela dell'integrità dell'ente” per consentire un trattamento a prescindere da colui che ne risulti l'autore (si pensi ad un illecito provato mediante documenti aziendali forniti dal *whistleblower*) o, al contrario, può imporre il coinvolgimento come testimone ai fini del procedimento disciplinare [...] o, infine, possono richiedere la *discovery* sulla fonte di segnalazione nei casi in cui “la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato»; testualmente, CORSO S. M., *Segnalazione di illeciti*, cit., spec. pp. 233 s. che precisa altresì che «ciò che appare una caratteristica eclatante della tutela riconosciuta al *whistleblower* è che non vi è nessuna garanzia che la “gestione della segnalazione” rimanga confinata all'interno e nell'ambito della *sedes* lavorativa; che il lavoratore segnalante non può chiedere (e ottenere) che la sua segnalazione abbia una efficacia solo endo-aziendale né può vincolare chi è dall'altra parte del canale di comunicazione ad astenersi dal riferire il contenuto (e l'identità dell'autore) ad autorità pubbliche competenti, ossia delegate *ex lege* agli accertamenti del caso» (spec. p. 236).

²² A noi pare che se la contestazione dell'addebito disciplinare è sorretta da altri elementi di prova emersi in fase istruttoria non v'è ragione per cui l'identità del segnalante vada svelata. Diversamente, invece, se tali elementi manchino e la notizia segnalata non possa che essere contestata al segnalato se non attraverso l'enunciazione anche della fonte, oppure se il mero fatto della rivelazione di essa porti ad emersione, per le circostanze concrete, anche l'identità del segnalante, alla luce della disciplina vigente nel settore privato, riteniamo che difficilmente potrà sostenersi che le misure di protezione predisposte a tutela della riservatezza del segnalante impediscano un procedimento disciplinare (oppure che questo si svolga senza garanzia per il diritto di difesa).

informazioni personali sono state apprese²³ e, quindi, l'identità del segnalante, con l'effetto della vanificazione di ogni tutela del *whistleblower*.

Senonché, è lo stesso par. 4 dell'art. 15 GDPR che introduce un correttivo a tale disciplina di *disclosure* prevedendo specificamente che l'esercizio del diritto di accesso «non deve ledere i diritti e le libertà altrui». Norma – quest'ultima – da leggere in combinato disposto con l'art. 23 par. 1 del GDPR, secondo cui «il diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento o il responsabile del trattamento può limitare, mediante misure legislative, la portata degli obblighi e dei diritti di cui agli articoli da 12 a 22 e 34, nonché all'articolo 5, nella misura in cui le disposizioni ivi contenute corrispondano ai diritti e agli obblighi di cui agli articoli 12 e 22, qualora tale limitazione rispetti l'essenza dei diritti e delle libertà fondamentali e sia una misura necessaria e proporzionata in una società democratica per salvaguardare» plurimi interessi, tra i quali «la prevenzione, l'indagine, l'accertamento e il perseguimento di reati»²⁴ o «la tutela dell'interessato o dei diritti e delle libertà altrui»²⁵.

Tali previsioni sono state poi specificate dall'art. 2, comma 1, lett. f) del d.lgs. n. 101 del 2018 che ha introdotto nel corpo del d.lgs. n. 196 del 2003 il nuovo articolo 2/*undecies* ai sensi del quale i diritti di cui agli articoli da 15 a 22 del GDPR non possono essere esercitati con richiesta al titolare del trattamento ovvero con reclamo *ex art. 77* del GDPR allorquando (dall'esercizio stesso) possa derivare un pregiudizio effettivo e concreto, tra gli altri, «alla riservatezza dell'identità del dipendente che segnala ai sensi della legge 30 novembre 2017, n. 179, l'illecito di cui sia venuto a conoscenza in ragione del proprio ufficio»²⁶. Prevedendo, dunque, una limitazione all'esercizio anche del diritto di accesso, la quale però non è assoluta, poiché, ai sensi del successivo comma 3 dello stesso articolo, è fatta salva la facoltà dell'interessato di rivolgere una richiesta al Garante per la protezione dei dati personali che procede, in tal caso, con le modalità di cui all'art. 160 del d.lgs. n. 196 del 2003.

Ora, la disciplina così delineata può presentare tuttavia talune criticità in prospettiva applicativa, tanto in relazione alla gestione dell'eventuale richiesta di esercizio dei diritti da

²³ Cfr. art. 15, par. 1, lett. g) del GDPR.

²⁴ È questo il testo dell'art. 23, par. 1, lett. d) del GDPR.

²⁵ Art. 23, par. 1, lett. i) del GDPR.

²⁶ Testualmente, art. 2, lett. f) del d.lgs. n. 196 del 2003. Come osserva IANNINI A., *Whistleblowing e tutela dei dati personali*, in DELLA BELLA A. - ZORZETTO S. (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., spec. p. 596, nonostante l'uso del termine "ufficio", la norma deve essere intesa come diretta anche al settore privato.

parte del segnalato, quanto della procedura che il titolare del trattamento deve predisporre. Andiamo allora a vedere in concreto come l'assetto di interessi definito dal legislatore può trovare realizzazione.

3. Gli adempimenti cui è chiamato il titolare del trattamento, in ottica di *accountability*.

Nell'ottica della conciliazione, in concreto, degli opposti interessi richiamati, un ruolo fondamentale è assunto dal titolare del trattamento (ossia, come ben noto, colui che determina le finalità e i mezzi del trattamento) che, in ossequio alla disciplina in materia di protezione dei dati personali, deve porre in essere plurimi adempimenti, in ottica di *accountability*.

Anzitutto, dal punto di vista soggettivo, va rilevato come la titolarità del trattamento è in capo all'ente che implementa la procedura di *whistleblowing*, mentre il rapporto con il fornitore della piattaforma/applicativo – in relazione ai canali di segnalazione informatici – deve essere regolato ai sensi dell'art. 28 GDPR, ossia attraverso la designazione – di tale soggetto – quale Responsabile del trattamento. Invece, coloro che all'interno dell'ente trattano i dati in nome e per conto del titolare per l'acquisizione e la gestione delle segnalazioni dovranno essere autorizzati al trattamento e ricevere specifiche istruzioni ai sensi e per gli effetti dell'art. 2/*quaterdecies* del d.lgs. n. 196 del 2003.

Ebbene, al fine della gestione dei dati trattati attraverso la procedura di *whistleblowing*, il titolare del trattamento, deve: a) fornire agli interessati l'informativa in materia di protezione dei dati personali di cui agli artt. 13 e 14 GDPR²⁷; b) censire i trattamenti effettuati nel registro di cui all' art. 30 GDPR; c) prevedere e predisporre una procedura per le ipotesi di esercizio dei diritti (artt. 15-22 GDPR) e di *data breach* (art. 33 GDPR); d) effettuare una

²⁷ In relazione alla base giuridica, che come noto va indicata nell'informativa, il Garante per la protezione dei dati personali sembra ammettere che i trattamenti di dati effettuati per l'acquisizione e gestione della segnalazione siano effettuati nell'adempimento di un obbligo legale al quale è soggetto il titolare del trattamento (cfr. artt. 6, par. 1, lett. c), 9, par. 2, lett. b) e 10 del GDPR, secondo la ricostruzione rinvenibile ad esempio nei provvedimenti n. 235 e 236 del 10 giugno 2021, doc. web. n. 9685922 e doc. web n. 9685947). A noi pare, tuttavia, che nel settore privato non possa per la verità rintracciarsi un obbligo legale, considerato che l'implementazione della procedura di segnalazione, ad oggi, è subordinata all'adozione, a monte, di un modello organizzativo aziendale, che a sua volta costituisce sì un onere per le aziende stesse, ma non un obbligo. Per tale ragione, riteniamo sarebbe più corretto fondare i trattamenti di dati posti in essere nell'ambito del *whistleblowing* – non tanto su un obbligo legale, per il momento assente, ma – sul legittimo interesse del titolare del trattamento. A conferma di tale ricostruzione, si consideri peraltro che i “whistle-blowing schemes” sono espressamente enunciati nell'elenco dei contesti più comuni nei quali i trattamenti di dati personali vengono considerati leciti proprio sulla base del legittimo interesse (cfr. WP29, *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/CE*, adottate il 9 aprile 2014, spec. p. 25).

valutazione di impatto privacy (cfr. art. 35 GDPR); ed e) implementare adeguate misure di sicurezza tecniche e organizzative in relazione alla stessa procedura di segnalazione, peraltro già prima dell'inizio del trattamento, in ottica di *privacy by design e by default*.

Proprio tale ultimo adempimento viene ad assumere una particolare importanza, poiché solo attraverso la predisposizione di misure di sicurezza adeguate risulterà possibile raggiungere la finalità cui tende la stessa disciplina del *whistleblowing*, ossia garantire la riservatezza dell'identità del segnalante²⁸.

Senonché, come noto, attualmente la disciplina in materia di protezione dei dati personali non sancisce più un elenco di misure di sicurezza “minime” previamente individuate, ma rimette ai singoli titolari dei trattamenti la scelta, in ottica di *accountability*, di quelle più adeguate in relazione alla singola realtà di riferimento. Ciò nondimeno, talune interessanti indicazioni sono state fornite dall'Autorità di controllo nazionale, in due recenti provvedimenti, dei quali andiamo ad occuparci.

4. La conformità della procedura di *whistleblowing* alla disciplina in materia di protezione dei dati personali alla luce dei provvedimenti n. 235 e 236 del 10 giugno 2021 dell'Autorità di controllo nazionale.

Di recente, il Garante per la protezione dei dati personali, nell'ambito di un ciclo di attività ispettive sulle principali funzionalità di alcuni applicativi utilizzati per l'acquisizione e gestione delle segnalazioni di illeciti più diffusamente impiegati dai datori di lavoro pubblici e privati²⁹, ha sanzionato la società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna per 40.000 euro e il suo fornitore di *software*, la società aiComply S.r.l., nominata quale Responsabile del trattamento ai sensi dell'art. 28 GDPR, per 20.000 euro per violazione della normativa in materia di protezione dei dati³⁰.

²⁸ In relazione a tali profili e, più in generale, sulle misure di sicurezza tecniche da implementare nelle procedure di segnalazione, si veda PERRI. P., *Profili informatico-giuridici degli strumenti on line per le segnalazioni di illecito o irregolarità e comunicazioni di misure ritorsive (cd. whistleblowing)*, in DELLA BELLA A. - ZORZETTO S. (a cura di), *Whistleblowing e prevenzione dell'illegalità*, cit., pp. 491 ss.

²⁹ Il riferimento è dunque alla (necessaria) implementazione di adeguati canali, di cui almeno uno informatico, attraverso i quali sia possibile segnalare violazioni del MOG e di illeciti rilevanti ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001. Giova, peraltro, qui ricordare che la scelta di usare un canale di segnalazione tra quelli previsti dall'art. 6, comma 2/*bis* del d.lgs. n. 231 del 2001, dal quale discende la tutela introdotta con la l. n. 179 del 2017, non esclude che il lavoratore possa preferire di rivolgersi alle organizzazioni sindacali oppure alle autorità competenti.

³⁰ GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, Ordinanza ingiunzione nei confronti di Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna S.p.a., provvedimento n. 235 del 10 giugno 2021, doc. web. n. 9685922; e Ordinanza ingiunzione nei confronti di aiComply S.r.l., provvedimento n. 236 del 10 giugno 2021, doc. web. n. 9685947. La società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna S.p.a. è una società a partecipazione pubblica per circa il 45 % del capitale sociale quotata nei mercati regolamentati, gestore

Nel dettaglio, la società aiComply S.r.l. forniva in modalità *software as a service* l'applicativo WB Confidential alla società Aeroporto Guglielmo Marconi di Bologna, per l'acquisizione e gestione di condotte illecite. L'invio delle segnalazioni era consentito sia in forma anonima che nominativa: nel primo caso proprio attraverso l'applicativo, nel secondo caso mediante l'uso di caselle di posta elettronica dedicate.

I dati inviati venivano visualizzati da un soggetto autorizzato, il quale peraltro non aveva la visibilità delle informazioni identificative del segnalante, essendo esse separate a livello logico dal contenuto della segnalazione³¹.

Nel momento dell'invio di una segnalazione nominativa l'applicativo rilasciava al segnalante le credenziali di autenticazione, attraverso le quali quest'ultimo poteva seguire il processo di avanzamento ed eventualmente effettuare integrazioni o modifiche. Per le segnalazioni anonime, invece, il *whistleblower* doveva effettuare il primo accesso all'applicativo utilizzando le credenziali indicate nel manuale utente, mentre per i successivi accessi avrebbe poi ricevuto direttamente dal sistema ulteriori *username* e *password*.

Senonché, l'accesso al *tool* avveniva senza l'uso di un protocollo di rete sicuro (quale quello https)³² ed esso non prevedeva l'uso di strumenti di crittografia per la conservazione dei dati, né di quelli identificativi del segnalante, né di quelli relativi alla segnalazione e alla documentazione allegata, in violazione dei disposti di cui agli artt. art. 5, par. 1, lett. f), 32³³, 5, par. 1, lett. f) e 25 del GDPR. Inoltre, le misure di sicurezza adottate risultavano inadeguate anche in ragione del tracciamento, mediante i *log* generati dai *firewall*, dell'indirizzo IP del dispositivo utilizzato per la connessione all'applicativo (e quindi degli accessi numericamente esigui ad esso) da parte dei dipendenti connessi dalla rete aziendale.

dell'aeroporto di Bologna, quale concessionario di pubblico servizio fino al 28 dicembre 2044, che aveva adottato un modello di organizzazione, gestione e controllo, integrato, con l'entrata in vigore della l. n. 179 del 2017, con una specifica procedura di whistleblowing.

³¹ La *policy* aziendale prevedeva poi la possibilità, in talune ipotesi specifiche, di conoscere l'identità del segnalante previa richiesta alla società fornitrice del servizio.

³² Per vero, nel corso dell'istruttoria – chiarisce il Garante – «è emerso che l'accesso all'applicativo “WB Confidential” per l'acquisizione e la gestione delle segnalazioni di illeciti avveniva mediante il protocollo http (hypertext transfer protocol), ossia un protocollo di rete che non garantisce l'integrità e la riservatezza dei dati scambiati tra il browser dell'utente e il server che ospita l'applicativo in questione, e non consente agli utenti di verificare l'autenticità del sito web con il quale stanno interagendo» (spec. punto 3.1. del provvedimento doc. web. n. 9685922). Sicché, la misura *de qua* non poteva dirsi idonea a garantire un adeguato livello di sicurezza.

³³ L'art. 32 del GDPR individua, invero, espressamente la cifratura come una delle misure potenzialmente idonee a garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio.

Alla luce di tali risultanze, il Garante per la protezione dei dati personali ritiene le predette misure non adeguate sotto il profilo della sicurezza³⁴ e fornisce, al contempo, plurime indicazioni che i titolari dei trattamenti/datori di lavoro potranno seguire nella predisposizione (ed ancor prima nella progettazione) di sistemi di segnalazione, di modo che questi siano conformi anche alla disciplina in materia di protezione dei dati personali. Specificamente, portando a sistema i chiarimenti forniti dall’Autorità di controllo nazionale, le procedure di *whistleblowing* dovranno non solo essere implementate nell’ottica dell’acquisizione dei soli dati adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario per il raggiungimento della finalità perseguita³⁵, ma anche garantire la sicurezza dei dati trattati: a) assicurando l’accesso selettivo ai dati delle segnalazioni, b) tracciando le attività (ossia gli accessi e le operazioni) ma non anche quelle effettuate dal segnalante, c) prevedendo tecniche di *strong authentication* e crittografiche per la conservazione dei dati, nonché d) utilizzando esclusivamente protocolli sicuri di trasporto dei dati.

5. Concludendo.

Come si evince dalle pagine precedenti, la disciplina in materia di protezione dei dati personali si muove in un’ottica simbiotica rispetto a quella del *whistleblowing*, prevedendo adempimenti e misure che rendono effettiva la tutela (anche) di quell’interesse a garanzia del quale è stata introdotta la normativa di settore. E ciò ancor più se si pensa che la ritrosia avverso il *whistleblowing* deriva anzitutto da un problema culturale (quasi che “segnalare” corrisponda a “spiare”), dato che solo la garanzia della riservatezza – e con essa dell’assenza

³⁴ Sotto altro profilo, ma nella stessa ottica, l’Autorità di controllo nazionale evidenzia altresì che la società avrebbe dovuto provvedere ad effettuare una valutazione di impatto, obbligatoria – come noto – pur laddove il titolare del trattamento si avvalga di prodotti o servizi forniti da terze parti, «in ragione della particolare delicatezza delle informazioni trattate, nonché degli elevati rischi, in termini di possibili effetti ritorsivi e discriminatori, anche indiretti, per il segnalante, la cui identità è protetta da uno specifico regime di garanzia e riservatezza» (v. punto 3.3 del provvedimento ivi richiamato). Specificamente, in relazione alla valutazione di impatto, si veda l’art. 35 GDPR, le “Linee guida concernenti la valutazione di impatto sulla protezione dei dati nonché i criteri per stabilire se un trattamento possa presentare un rischio elevato ai sensi del regolamento 2016/679”, del 4 aprile 2017, doc. web. WP 248, nonché, da ultimo, il provvedimento 4 dicembre 2019, doc. web. n. 9215763 con il quale il Garante per la protezione dei dati personali ha reso il “parere ad ANAC sullo schema di Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell’art. 54/*bis* del d.lgs. 165/2001 (c.d. *whistleblowing*)” che, *in parte qua*, specifica che il titolare del trattamento è tenuto ad effettuare la DPIA.

³⁵ È questo il principio di minimizzazione di cui all’art. 5, par. 1, lett. c) del GDPR. Si consideri peraltro che il principio di minimizzazione, trovando attuazione in qualunque fase del trattamento, opera anche nel momento antecedente all’inizio del trattamento stesso, seppure *sub specie* di principio di *privacy by default*. In argomento sia consentito rinviare a MINISCALCO N., *Uno, nessuno o centomila? Minimizzazione e privacy by default nel primo provvedimento del Garante dopo il GDPR*, in *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, n. 4/5, del 2018, spec. pp. 789 ss. e riferimenti ivi citati.

di rischi di ritorsione o di conseguenze comunque pregiudizievoli – può indurre i lavoratori a rivelare condotte illecite o irregolari e, dunque, in ultima istanza, rendere efficace (ed effettivo) l'istituto e assicurarne la diffusività.

RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI E “CAPORALATO”: LA PROSPETTIVA GIUSLAVORISTICA

Piera Campanella

Professoressa ordinaria di diritto del lavoro presso Università degli studi di Urbino Carlo Bo

SOMMARIO: 1. Responsabilità degli enti e “caporalato”: la legge n. 199/2016. – 2. La prospettiva giuslavoristica: “caporalato” e *outsourcing*. – 3. “Caporalato”: la fattispecie giuridica e le sanzioni. – 4. Gli indici di sfruttamento. – 5. “Caporalato”: la responsabilità amministrativa dell’ente. – 6. (*Segue*): i modelli 231. – 6.1. Il “caporalato”: tra MOGC *ex art.* 6 d.lgs. n. 231/2001 e MOG *ex art.* 30 d.lgs. n. 81/2008. – 6.2. Struttura e contenuti di un MOGC “anti-caporalato”. – 7. L’effettività dei modelli 231: rilievi conclusivi.

1. Responsabilità degli enti e “caporalato”: la legge n. 199/2016.

Riflettere sulla responsabilità della persona giuridica a fronte di fenomeni di sfruttamento del lavoro implica giocoforza assumere a punto di partenza la legge n. 199 del 2016³⁶.

³⁶ Tra i tanti, e senza pretesa di esaustività, DI MARTINO A., Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato, il Mulino, Bologna, 2020; MERLO A., Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al “caporalato”. Dai braccianti ai riders. La fattispecie dell’art. 603-bis c.p. e il ruolo del diritto penale, Giappichelli, Torino, 2020; TORRE V., L’obsolescenza dell’art. 603-bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo, in LLI, 2020, n. 2, 73 ss., <https://labourlaw.unibo.it/article/view/11984> (consultato il 5.09.2022); BIN L., Problemi interni e problemi esterni del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603-BIS CP), in LP, 10 marzo 2020, <https://www.laegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/03/Bin-Approfondimenti-2.pdf> (consultato il 5.09.2022); TORRE V., Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell’art. 603 bis tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale, in QG, 2019, n. 4, 90 ss., https://www.questionegiustizia.it/data/rivista/articoli/677/qg_2019-4_12.pdf (consultato il 5.09.2022); TORRE V., Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento, in GDLRI, 2018, n. 158, 2, 289 ss.; GAROFALO D., Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura), in RDSS, 2018, n. 2, 229 ss.; STOLFA F., La legge sul “caporalato” (l. n. 199/2016): una svolta “etica” nel diritto del lavoro italiano? Una prima lettura, in DSL, 2017, n. 1, 86 ss.; FERRANTI D., La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell’ottica del legislatore, in DPC, 15.11.2016, https://www.penalecontemporaneo.it/upload/FERRANTI_2016b.pdf (consultato il 5.09.2022); da ultimo, invece, FERRARESI M., SEMINARA S., Caporalato e sfruttamento del lavoro. Un’indagine di diritto penale, processuale e del lavoro, ADAPT University Press, Modena, 2022, https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/69943/mod_resource/content/1/2022_ferraresi_seminara_a_caporalato.pdf (consultato il 5.09.2022); BRASCHI S., Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: elementi costitutivi e apparato sanzionatorio, in LDE, 2022, n. 2, 2 ss.; RANIERI M., Mafie, imprese, lavoro. Diritto del lavoro e normativa di contrasto, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021; L. FERLA, Sfruttamento della persona a scopo lavorativo e strumenti di contrasto penale, in DIS CRIMEN, 11 settembre 2021, <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Ferla-Sfruttamento-della-persona-a-scopo-lavorativo.pdf> (consultato il 5.09.2022).

Si tratta, come noto, di un testo legislativo emanato sull’onda di alcuni fatti di “cronaca nera” particolarmente gravi e dolorosi, in particolare, la morte di Paola Clemente, ingaggiata in somministrazione per lavorare nelle campagne del barese insieme ad altre 600 braccianti, per lo più *ex* dipendenti ILVA³⁷. Proprio in ragione del clima di particolare attenzione mediatica, la legge 199 rappresenta una normativa dal forte valore simbolico, ispirata all’idea della “tolleranza zero” rispetto a fenomeni di sfruttamento del lavoro, in linea con l’immagine di una impresa non solo rispettosa delle regole del mercato e del lavoro, ma anche socialmente responsabile, etica e sostenibile insomma, come il precipuo riferimento alla rete del lavoro agricolo di qualità dimostra. Per lo stesso motivo la legge n. 199 si presenta alla stregua di una disciplina dotata di una portata applicativa particolarmente ampia, al punto «da poter comprendere diversi scenari lavorativi»³⁸, come la recente vicenda giudiziaria di *Uber Italy* testimonia.

È, del resto, proprio la legge n. 199 a contenere i termini della presente riflessione: la responsabilità degli enti, da un lato; il “caporalato”, dall’altro.

Quanto al “caporalato”, il richiamo è all’art. 1 della l. n. 199/2016, il quale, oltre a (e prim’ancora di) introdurre nuovi strumenti penali per la lotta allo sfruttamento del lavoro, rivisita l’art. 603-*bis* c.p. Lo fa con l’obiettivo di renderlo ben più incisivo e di respiro rispetto al passato, dopo il debutto deludente e molto criticato avvenuto nel 2011 (d.l. n. 138 conv. in l. n. 148).

Riguardo, invece, alla responsabilità penale dell’ente, la mente corre all’art. 6 della l. n. 199: la norma, infatti, insieme alla rivisitazione dell’art. 603-*bis* c.p., introduce nuovi strumenti penali per la lotta allo sfruttamento e tra questi - oltre alla confisca dei beni, al controllo giudiziario dell’azienda quale misura cautelare alternativa, all’arresto obbligatorio in flagranza, all’applicazione di un’attenuante in caso di collaborazione con le autorità - c’è l’estensione anche alla persona giuridica, dunque, all’ente-datore di lavoro, della responsabilità per intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. Ne deriva che l’art. 603*bis* c.p. diventa reato-presupposto ai fini dell’applicazione del d.lgs. n. 231/2001.

2. La prospettiva giuslavoristica: “caporalato” e *outsourcing*.

³⁷ Ricostruisce efficacemente quel contesto CARITAS ITALIANA, *Vite sottocosto*, 2° Rapporto Presidio, a cura di CAMPANELLA P., coordinato da DE MARCO M., Aracne, Roma, 2018.

³⁸ TORRE V., L’obsolescenza dell’art. 603-bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo, cit., 76.

V'è da dire della prospettiva giuslavoristica, evocata dal titolo di questa breve riflessione. In particolare, c'è da chiedersi cosa implichi guardare al tema della “responsabilità degli enti per sfruttamento del lavoro” secondo una tale prospettiva.

Al proposito, la prima osservazione da svolgere è di tipo storico. Come risaputo, il termine “caporalato” per i giuslavoristi allude a quella famosa “triangolazione” o fattispecie dell'appalto illecito di manodopera che, a suo tempo, la legge n. 1369 vietava senza mezzi termini; anche se, poi, detta legge non mancava di occuparsi altresì di appalti leciti di opere e servizi, se non altro per un'esigenza di protezione del lavoratore connessa all'inserimento della sua prestazione in un ciclo produttivo altrui.

Se così stanno le cose, è, dunque, anzitutto, il “lavoro indiretto” a rappresentare il contesto entro cui il fenomeno del “caporalato” s'inscrive. Ed è un contesto da monitorare scrupolosamente, anche in sede di stesura del c.d. modello organizzativo 231, tanto più considerata la sempre più ampia e capillare diffusione nelle realtà produttive delle tecniche di *outsourcing* - somministrazione, appalti, distacchi (anche all'interno di reti d'impresa) - di cui il “lavoro indiretto” medesimo è propriamente frutto.

C'è dunque un legame stretto tra (crescita dell')*outsourcing* e fattispecie di cui all'art. 603*bis* e ciò in ragione di un duplice motivo: *in primis*, perché tradizionalmente il “caporalato” s'innesta, come visto, proprio su forme di intermediazione o appalto illecito; in secondo luogo, perché assume tratti particolarmente allarmanti sul piano economico e sociale proprio quando s'infiltra all'interno di filiere lunghe e complesse, caratterizzate da una giungla di relazioni contrattuali tra imprese: pensiamo all'edilizia, ma soprattutto alla catena del *food* – agricoltura, industria, commercio (GdO, piccole attività commerciali, piattaforme digitali) - ove, peraltro, si assiste ad una rinnovata e crescente presenza del crimine di stampo mafioso³⁹. Non è un caso, del resto, che il Codice Antimafia, dopo la riforma del 2017, richiami espressamente l'art. 603-*bis* c.p. con riferimento (sia) all'amministrazione giudiziaria dei beni (e non solo), (sia) all'informazione antimafia.

In un tal contesto, si moltiplica comunque la presenza di «soggetti economici, che in modo deliberato e programmato, si sottraggono all'operare delle disposizioni inderogabili», del lavoro e non solo, «nella consapevolezza di commettere un illecito, remunerato

³⁹ FLAI-CGIL, *Agromafie e caporalato*, Osservatorio Placido Rizzotto, IV Rapporto, Roma, 2018.

dall’opportunità di recare una concorrenza insidiosa, per il contenimento dei prezzi e, spesso, l’incremento dei margini»⁴⁰.

È ciò che dalla dottrina giuslavoristica più accreditata è stata definita “impresa illecita”⁴¹. Invero, la l. n. 199 la intercetta a pieno titolo, poiché, quasi a voler imprimere una svolta etica nel mercato, parrebbe voler colpire severamente proprio tale realtà, anche se è inevitabile chiedersi fino a che punto un istituto repressivo come quello della responsabilità penale di cui al d.lgs. n. 231, unito a strumenti gestionali di carattere procedurale⁴² e dalle finalità prevenzionali, come i modelli organizzativi (MOGC), possa realmente aggredire dimensioni societarie tanto complesse come quelle odierne, in un contesto, peraltro, ove impresa lecita e illecita si confondono sempre più⁴³.

3. “Caporalato”: il fenomeno, la fattispecie giuridica e le sanzioni.

Sembra, dunque, che vi sia un rapporto direttamente proporzionale tra crescita della complessità dell’impresa e recrudescenza del “caporalato”.

Il fenomeno riguarda ancora prevalentemente l’agricoltura; tuttavia, esso va estendendosi a macchia d’olio anche in altri contesti, come detto: non solo l’edilizia e l’agroalimentare, ma anche il turismo, la logistica, i servizi alla persona – comparti di punta, questi ultimi due, dopo l’emergenza pandemica e la successiva decretazione di rilancio dell’occupazione⁴⁴.

⁴⁰ GRAGNOLI E., *L’impresa illecita*, in *VTDL*, 2018, n. 2, 347; le violazioni sono molteplici e su più fronti e non a caso il direttore dell’Ispettorato nazionale del lavoro ha definito il “caporalato” come un «reato-sentinella, perché dove c’è sfruttamento, c’è evasione fiscale, contributiva, assicurativa, violazione della sicurezza sul lavoro»: PATUCCHI M., *Dai campi ai cantieri del Nord: il caporalato allarga i confini*, in *la Repubblica*, 11 dicembre 2021, https://www.repubblica.it/economia/2021/12/10/news/dai_campi_ai_cantieri_del_nord_il_caporalato_allarga_i_confini-329736634/ (consultato il 5.09.2022).

⁴¹ GRAGNOLI E., *L’impresa illecita*, cit., 347.

⁴² *Ibidem*, 348.

⁴³ GRECO R., *Il mancato rispetto dell’art. 36, comma 1, Cost.: prassi scorretta dell’impresa illecita o sacrificio sull’altare dell’efficienza dei mercati concorrenziali?*, in *VTDL*, 2018, n. 2, 368.

⁴⁴ Per le dimensioni del fenomeno, INL, *Relazione sull’attività svolta dall’Ispettorato nazionale del lavoro anno 2021*, 12 agosto 2022; spec. 31, in <https://www.ispettorato.gov.it/it-it/notizie/Documents/INL-relazione-e-rapporto-2021-19082022.pdf> (consultato il 5.09.2022) su cui v. SARTORI D., *Anti caporalato: attività ispettiva e protocolli. Il contrasto allo sfruttamento lavorativo da integrare e rafforzare*, in *Filodiritto*, 1° luglio 2021, <https://www.filodiritto.com/anti-caporalato-attivita-ispettiva-e-protocolli> (consultato il 5.09.2022); SENATO DELLA REPUBBLICA, *Commissione parlamentare d’inchiesta sulle condizioni di lavoro in Italia, sullo sfruttamento e sulla sicurezza nei luoghi di lavoro pubblici e privati*, Relazione intermedia sull’attività svolta, 20 aprile 2022, in https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=28033:mb20422&catid=83&Itemid=142 (consultato il 5.09.2022); CAMERA DEI DEPUTATI, *Indagine conoscitiva sul fenomeno del cosiddetto “caporalato” in agricoltura*, Commissioni riunite XI (Lavoro pubblico e privato) e XIII (Agricoltura), 12 maggio 2021, in <https://documenti.camera.it/dati/leg18/lavori/documentiparlamentari/IndiceETesti/017/009/INTERO.pdf> (consultato il 5.09.2022), su cui v. anche le considerazioni di DELVECCHIO F., *L’efficacia della strategia anti-*

Dall'aspetto fenomenico del problema, torniamo però subito al profilo giuridico, per capire, in estrema sintesi, quali sono gli elementi costitutivi della fattispecie delineata e repressa dall'art. 603-*bis* c.p. Si tratta di una fattispecie particolarmente ampia, perché le situazioni patologiche colpite vanno oltre la classica "triangolazione" di cui si diceva, ossia l'intermediazione illecita di manodopera sfruttata, a cui il termine "caporalato" è stato tradizionalmente ricondotto. Al di là di questa ipotesi - che vede, tra l'altro, ormai penalmente perseguibili sia il caporale (*alias* il somministratore), sia l'utilizzatore - è, infatti, riconducibile all'art. 603-*bis* qualsivoglia condotta illecita del datore di lavoro, purché caratterizzata dai seguenti due elementi: lo sfruttamento del lavoratore; l'approfittamento del suo stato di bisogno. Non vi rientra, dunque, solo l'intermediazione illecita, peraltro già perseguita penalmente dall'art. 38-*bis* d.lgs. n. 81/2015 nella forma della somministrazione fraudolenta. Rilevano anche ipotesi di "lavoro nero", come pure, in teoria, di lavoro regolare, cioè corredato da preventiva e corretta comunicazione di instaurazione del rapporto al Centro per l'impiego, ma accompagnato da condizioni di sfruttamento, *alias* da standard di trattamento deprecabili, imposti approfittando della situazione di difficoltà economica della vittima⁴⁵.

Si tratta, evidentemente, di vicende molto gravi, macroscopiche e complesse, di degrado lavorativo, nelle quali - in ragione di una serie di fattori tra loro concatenati e connessi - si realizza una situazione, protratta nel tempo, di soggezione, di asservimento personale e anche psicologico del prestatore, dovuta alla sottoposizione del medesimo a condizioni lavorative e personali lesive della dignità umana. È sostanzialmente ciò ad integrare gli estremi dello sfruttamento, che è uno, il primo e principale elemento costitutivo della fattispecie penale disegnata dall'art. 603-*bis* c.p.

Siamo di fronte, in particolare, ad un reato contro la personalità dell'individuo, sicché il bene giuridico protetto è quello della dignità della persona. La sussistenza di una situazione

caporalato a cinque anni dalla L. n. 199/2016, in *SP*, 2022, n. 1, 35 ss., <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/devecchio-efficacia-strategie-anti-caporalato-cinque-anni-legge-199-2016> (consultato il 5.09.2022).

⁴⁵ Tali ipotesi - si pensi, ad esempio, a quella di un rapporto di lavoro regolarmente costituito, ma caratterizzato da reiterate violazioni della normativa sull'orario di lavoro, sui riposi, le ferie e l'aspettativa obbligatoria - non sono invece più idonee a legittimare la sospensione dell'attività d'impresa ai sensi del d.lgs. n. 81/2008, almeno da quando l'art. 41 della legge n. 133/2008 ha modificato l'art. 14 del d.lgs. citato, consentendo il richiamato intervento sospensivo solo in presenza di lavoro irregolare strettamente inteso, *alias* "lavoro nero": criticamente sul punto P. PASCUCCI, *Il lavoro? Regolare, salubre e sicuro*, Relazione al Festival Internazionale della Salute e Sicurezza sul lavoro, 4-6 maggio 2022, dattiloscritto, p. 7, di prossima pubblicazione in *DSL*, 2022, n. 2; sottolinea altresì come «lo sfruttamento lavorativo non» sia «proprio unicamente del lavoro irregolare ma anche del lavoro in apparenza regolare» BATTISTELLI S., *Cittadinanze e sfruttamento nel caso di un'azienda agricola "innovativa"*, in *LD*, 2021, n. 2, 330.

di sfruttamento va, però, verificata caso per caso, alla luce di tutta una serie di circostanze di fatto e di diritto caratteristiche della vicenda concreta.

Quanto, invece, al secondo elemento, quello dell'approfittamento dello stato di bisogno, esso è indicativo della estrema "ricattabilità", dunque, della "vulnerabilità"⁴⁶ del prestatore stesso, che è quanto dà ragione della condizione di sfruttamento, in altri termini la rende possibile. In fondo, l'approfittamento dello stato di bisogno è parte inestricabile della condizione stessa di sfruttamento; si è detto che ne è dato implicito⁴⁷, perché, in effetti, cosa vuol dire "sfruttamento" se non approfittare della ricattabilità altrui⁴⁸ per imporre condizioni lavorative non dignitose sul piano personale, economico e sociale?

È anche per questo motivo - dell'essere cioè la fattispecie dell'art. 603-*bis* c.p. caratterizzata da due elementi costitutivi, secondo alcuni in fondo riducibili a uno, cioè lo sfruttamento⁴⁹ - che la dottrina si è interrogata a lungo su questo concetto. Non è mancato, in particolare, chi ha tacciato la norma di eccessiva genericità, per mancanza di tassatività e determinatezza della sua fattispecie al punto da porne in discussione la stessa costituzionalità⁵⁰.

4. Gli indici di sfruttamento.

⁴⁶ In giurisprudenza, v. G.U.P., Trib. Milano, 15 ottobre 2021, n. 2805, in [file:///C:/Users/utente/Downloads/Tribunale%20Milano%20GUP%202021%20Uber%20caporalato%20digitale%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/utente/Downloads/Tribunale%20Milano%20GUP%202021%20Uber%20caporalato%20digitale%20(1).pdf) (consultato il 5.09.2022) relativa proprio al caso *Uber Italy S.r.l.*, laddove si afferma che «le nozioni di sfruttamento e di stato di bisogno debbono essere lette in stretta connessione tra loro, costituendo la situazione di vulnerabilità di chi versa in stato di bisogno il presupposto della condotta approfittatrice del soggetto agente, attraverso la quale realizzare lo sfruttamento»; sulla ricorrenza del concetto di "vulnerabilità" nel diritto penale, tra gli altri, FERLA L., *Sfruttamento della persona a scopo lavorativo e strumenti di contrasto penale*, cit., che, tuttavia, rileva la necessità di un distinguo tra "vulnerabilità" e vero e proprio "stato di bisogno"; sottolinea, invece, il richiamo sempre più frequente alla "vulnerabilità" anche da parte della pubblicistica sindacale, come concetto cardine per la costruzione di nuove identità collettive, RECCHIA G. A., *Il sindacato confederale dal lavoro al mercato e la ricerca del collettivo "sommerso"*, in *DRI*, 2021, n. 3, 640 ss.

⁴⁷ TORRE V., *Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell'art. 603 bis tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale*, cit., 35 e ivi per alcuni riferimenti giurisprudenziali, su cui v. anche D'ONGHIA M., LAFORGIA S., *Lo sfruttamento del lavoro nell'interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica*, in *LD*, 2021, n. 2, 387 ss., spec. 396, ove si osserva che «c'è, dunque, una sorta di circolarità nelle sentenze: per dimostrare lo stato di bisogno dello sfruttato, si fa riferimento alle condizioni nelle quali si realizza lo sfruttamento».

⁴⁸ La "ricattabilità" è, ad esempio, sovente determinata dalla condizione di clandestinità del soggetto: cfr. Cass. pen., sez. V, 12 gennaio 2018, n. 17939, in *il penalista*, 27 giugno 2018, con nota di FIANDRESE C., *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro. La condizione di clandestinità dei lavoratori integra lo stato di bisogno*.

⁴⁹ Almeno per chi, come TORRE V., *L'obsolescenza dell'art. 603-bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, cit., 83, sottolinea, sulla scorta della giurisprudenza, che «lo stato di bisogno viene considerato un elemento *in re ipsa* nella condizione di disagio esistenziale vissuto da alcune categorie di lavoratori ed elemento implicito dello sfruttamento».

⁵⁰ TORRE V., *Lo sfruttamento del lavoro. La tipicità dell'art. 603 bis tra diritto sostanziale e prassi giurisprudenziale*, cit.

Secondo questa opinione, non varrebbe a temperare il problema la presenza, nell'art. 603-*bis* c.p., di quattro indici di sfruttamento (art. 603-*bis*, comma 3, c.p.), poiché ritenuti anch'essi eccessivamente generici e indefiniti. Vi si è obiettato, tuttavia, che si tratterebbe non tanto di elementi costitutivi della fattispecie "sfruttamento del lavoro", quanto di semplici criteri di orientamento probatorio posti a disposizione del giudice⁵¹. La fattispecie, infatti, sarebbe già in sé ben delineata e per di più capace di colmare meritoriamente una lacuna, ovvero una sorta di "zona grigia", tra quella che è la mera violazione di norme inderogabili di legge, violazione punita al più come contravvenzione (art. 38-*bis* d.lgs. n. 81/2015) e la vera e propria riduzione in schiavitù di una persona (art. 600 c.p.)⁵².

Chi invece è apparso critico verso la norma ha valutato gli indici di sfruttamento elementi sintomatici propri di una tecnica di tipizzazione dinamica della fattispecie discutibilmente prescelta dal legislatore. Li ha poi giudicati criticamente anche in ragione della loro derivazione, e cioè per il fatto di esser stati desunti proprio dalla giurisprudenza in tema di reato di riduzione in schiavitù; il che ha finito per accentuare oltremodo l'impressione che l'art. 603-*bis* c.p. sia, in fondo, una norma ripetitiva e inutile - se non addirittura dannosa per il carico di incertezza correlativi - prima ancora che generica e indeterminata sul piano contenutistico⁵³.

In realtà, le copiose notizie giornalistiche di questi anni in merito alle tante inchieste giudiziarie su "caporalato" e sfruttamento, e altresì uno sguardo ai repertori di giurisprudenza, nonché ai dati raccolti da operatori del diritto sul tema rendono evidente l'impatto avuto dalla legge n. 199/2016 e, dunque, dallo stesso nuovo art. 603-*bis* c.p.⁵⁴. Ciò benché debba poi convenirsi sul fatto che il rafforzamento della normativa pubblicistico-securitaria non ha certo potuto bilanciare l'assenza di politiche sociali e del lavoro all'altezza delle sfide in campo e men che meno far fronte alle criticità dell'odierna normativa in materia di diritto del lavoro e dell'immigrazione.

⁵¹ In tal senso v. anche la Relazione per la II Commissione (A.C. 4008) a firma dell'on. Giuseppe Berretta, <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Relazione%20caporalato%20on.%20Berretta.pdf> (consultato il 5.09.2022).

⁵² In tal senso, tra gli altri, STOLFA F., La legge sul "caporalato" (l. n. 199/2016): una svolta "etica" nel diritto del lavoro italiano? Una prima lettura, cit., 96.

⁵³ Torre V., L'obsolescenza dell'art. 603-bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo, cit., 81 s. e nt. 18 per la riconduzione della l. n. 199/2016 nel novero delle "leggi manifesto".

⁵⁴ D'ONGHIA M., LAFORGIA S., Lo sfruttamento del lavoro nell'interpretazione giurisprudenziale: una lettura giuslavoristica, cit.; per una raccolta sistematica di notizie giornalistiche sul tema al 2021, v. il Laboratorio sullo sfruttamento lavorativo e sulla protezione delle sue vittime afferente al Centro di ricerca interuniversitario L'altro diritto in collaborazione con la FLAI-CGIL, al sito <http://www.adir.unifi.it/> (consultato il 5.09.2022).

Più fondati appaiono, invece, i rilievi attinenti alla problematicità di certi indici di sfruttamento. A impensierire non è tanto il riferimento alla «reiterata violazione» della normativa su orario e riposi, né alla «sussistenza di violazioni» delle norme su igiene e sicurezza nei luoghi di lavoro (art. 603-*bis*, comma 3, rispettivamente nn. 2 e 3, c.p.), quanto, piuttosto, il richiamo alla «reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale (...)»⁵⁵.

Detto richiamo, comprensibile e condivisibile su un piano di politica del diritto, riesce problematico sotto un profilo squisitamente tecnico, sollevando più di un interrogativo. Di certo, esso appare animato dal lodevole intento di evitare che un qualsiasi accordo sindacale, anche di quelli stipulati per così dire “al ribasso” - se non addirittura “pirata” - sia sufficiente a porre in dubbio la ricorrenza dell’indice in oggetto⁵⁶. Da tal punto di vista, il riferimento alle retribuzioni dei contratti collettivi siglati dai sindacati più rappresentativi costituisce senza meno espressione di una più vasta tendenza legislativa alla promozione dei c.d. contratti collettivi leader in funzione di contrasto ai fenomeni di *dumping* negoziale che affliggono ormai da tempo il nostro “sistema sindacale di fatto”⁵⁷.

V’è, tuttavia, da chiedersi se, in assenza di una legge che in generale obblighi tutti i datori di lavoro ad applicare trattamenti economici non inferiori a quelli dei contratti collettivi leader, ergendoli, così, a giusta retribuzione *ex art. 36 Cost.*, ci siano davvero legittimi spazi per una previsione come quella in esame, che eleva a indice di reato la corresponsione di salari (sia pur palesemente) difformi da quelli indicati in detti contratti. A deporre per la negativa potrebbe, forse, essere proprio il principio di libertà sindacale dell’art. 39, comma 1, Cost., nella sua duplice valenza individuale e collettiva.

Se si guarda al profilo individuale, la libertà sindacale garantisce (anche al datore) sia la libertà positiva di scelta dell’organizzazione cui aderire e conferire mandato - restando pertanto vincolato al contratto collettivo stipulato da quest’ultima - sia la libertà negativa di

⁵⁵ Su cui v. ampiamente FERRARESI M., *Retribuzione e sfruttamento del lavoro: quali criteri applicativi?*, in LDE, 2022, n. 2, 2 ss.

⁵⁶ DI MEO R., *Gli indici di sfruttamento lavorativo nell’art. 603-bis c.p.: una lettura lavoristica*, in VTDL, 2019, n. 1, 282.

⁵⁷ Tra i tanti, GRECO M. G., *Contrattazione collettiva, contratti pirata e regolamento nella determinazione dei livelli retributivi nelle do operative di produzione e lavoro*, in VTDL, 2017, n. 2, 367 ss.; CENTAMORE G., *Contratti collettivi o diritto del lavoro «pirata»?*, in VTDL, 2018, n. 2, 471 ss.; CIUCCIOVINO S., *Fisiologia e patologia del pluralismo contrattuale tra categoria sindacale e perimetri settoriali*, in LD, 2020, n. 2, 185 ss.; PERUZZI M., *Viaggio nella “terra di mezzo”, tra contratti leader e pirata*, LD, 2020, n. 2, 211 ss.; PIGLIALARMI G., *Anatomia della contrattazione collettiva pirata. Spunti di riflessione da una ricerca sui contratti Cisl e Confsal*, in DRI, 2021, n. 3, 687 ss.

non aderire ad alcuna organizzazione, rimanendo pertanto libero di non applicare alcun contratto collettivo ovvero di optare per uno tra i tanti già siglati nell'ambito della propria categoria merceologica (e anche, oltre per la verità, stante l'inoperatività, o se si vuole, l'operatività solo limitata, dell'art. 2070 c.c.)⁵⁸.

Non v'è dubbio, certo, che la libertà sindacale dell'art. 39 Cost. in tal senso intesa, come comprensiva della libertà di scelta del contratto collettivo da applicare e, dunque, della tariffa retributiva da corrispondere ai propri dipendenti, tollerati dei limiti legali, principalmente quello di tutelare la libertà e dignità del prestatore ai sensi dell'art. 36 Cost. Ciò specie a fronte dell'incapacità dell'odierno "sistema sindacale di fatto" di presidiare con certezza detti valori, in presenza di tendenze centrifughe e meccanismi di *dumping* salariale, responsabili, tra gli altri, dell'increscioso fenomeno del "lavoro povero"⁵⁹. Tuttavia, nell'assenza di una legge che affidi alla contrattazione collettiva dei sindacati più rappresentativi il compito di fissare la retribuzione dignitosa, così inverando il principio dell'art. 36 Cost., il prevalere di detta contrattazione nella sua funzione di parametro economico da cui palesemente non discostarsi, pena il perfezionarsi di un indice di reato,

⁵⁸ PROIA G., *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, in *MGL*, 2020, n. 4, 946; v. poi, ora, anche il Codice dei contratti pubblici (l. n. 50 del 2016) che all'art. 30, comma 4, stabilisce l'obbligo per l'appaltatore/concessionario di applicare il contratto collettivo «strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto».

⁵⁹ Cfr. EUROFOUND, *In-work poverty in the EU*, 2017, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2017, https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_of_document/ef1725en.pdf (consultato il 5.09.2022); v., poi, i contributi di BROLLO M., LAMBERTUCCI P., ZOLI C., BIASI M., BELLAVISTA A., CALAFÀ L., ALESSI C., PROIA G., LECCESE V., RAZZOLINI O., SANTUCCI R. inclusi nel *focus La povertà nonostante il lavoro. Nuove eguaglianze, lavoro dignitoso, professionalità*, coordinato da BROLLO M., e realizzati nell'ambito del progetto WORKING POOR N.E.E.D.S.: *NEwEquity, Decent work and Skills*, programma PRIN 2017, in *LDE*, 2022, n. 1, <https://www.lavorodirittieuropa.it/archivio-rivista-lavoro-diritti-europa/926-indice-del-numero-1-2022> (consultato il 5.09.2022), nonché la *Relazione del gruppo di lavoro sugli interventi e le misure di contratto alla povertà lavorativa in Italia*, novembre 2021, in <https://www.lavoro.gov.it/priorita/Documents/Relazione-del-Gruppo-di-lavoro-sugli-Interventi-e-misure-di-contrasto-alla-poverta-lavorativa-in-Italia.pdf> (consultato il 5.09.2022); sulle debolezze del sistema contrattuale e di relazioni industriali nell'ottica del salario minimo, da ultimo T. TREU, *Salario minimo: estensione selettiva dei minimi contrattuali*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT -456/2022, https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documents/Articoli/2022-1_Tren2.pdf (consultato il 5.09.2022); sempre in tema di salario minimo, BAVARO V., *Per una legge sul salario adeguato in Italia: in favore dell'erga omnes salariale e contro il salario minimo legale*, LEONARDI S., *Opportunità e limiti del salario minimo legale: un raffronto europeo*, MENEGATTI E., *Un salario minimo anche per l'Italia? Spunti di riflessione dall'esperienza comparata*, tutti in *EE*, 2022, <https://www.lavorodirittieuropa.it/archivio-rivista-lavoro-diritti-europa/926-indice-del-numero-1-2022>; v. anche i contributi di BELLAVISTA A., TREU T., TURSÌ A., MAGNANI M., TULLINI P., PROIA G., ALLEVA P., MARTONE M., RAZZOLINI O., BAVARO V., BARBIERI M., MENEGATTI E., BALLISTRERI G. M., GAROFALO D., SANTUCCI R., BOMBARDIERI P., ROMANI G., RE DAVID F., tutti in *LDE*, 2022, 2, <https://www.lavorodirittieuropa.it/> (consultato il 5.09.2022); VILLA E., *Il lavoro povero in Italia: problemi e prospettive*, in *QG*, 16 settembre 2021, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/il-lavoro-povero-in-italia-problemi-e-prospettive> (consultato il 5.09.2022); per i contributi monografici, PASCUCCI P., *Giusta retribuzione e contratti di lavoro. Verso un salario minimo legale?*, Franco Angeli, Milano, 2018; MENEGATTI E., *Il salario minimo legale. Aspettative e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2017; infine, sulle ricadure della proposta di Direttiva UE in materia, PASCUCCI P., SPEZIALE V., *Spunti sul salario minimo dopo la Proposta di direttiva UE*, in *GDLRI*, 2021, n. 172, 4, 749 ss..

appare forzato sul piano tecnico-giuridico, come dimostra, del resto, il fatto che le stesse tariffe dei CCNL leader sono altresì sottoponibili a scrutinio di conformità *ex art. 36 Cost.*⁶⁰.

È noto, poi, se si guarda al profilo collettivo della libertà sindacale, che altrettanti aspetti garantistici presidiano la vita di ogni coalizione preposta all'autotutela degli interessi professionali di lavoratori e datori di lavori. L'art. 39, comma 1, Cost. colloca dette coalizioni sullo stesso piano: le tutela tutte, senza gerarchie di sorta, posizionandole in una medesima dimensione di libertà, per quanto concerne sia l'organizzazione, sia l'azione sindacale, evidentemente inclusiva, quest'ultima, dei prodotti dell'autonomia negoziale, *alias* della contrattazione collettiva. Ora, rispetto ad un tal quadro, di pieno riconoscimento del pluralismo sindacale e contrattuale, stride una previsione come quella dell'art. 603-*bis* c.p., la quale, elevando a indice di reato la corresponsione di salari (palesemente) difforni da quelli fissati dai contratti delle organizzazioni più rappresentative, ne inficia indirettamente, *a monte*, anche la negoziazione per via collettiva. Stride a meno di ritenere non genuina qualsivoglia esperienza di contrattazione “al ribasso” ascrivibile a sindacati diversi da quelli c.d. leader; il che suona arduo sostenerlo, potendosi al più affermare ciò per i soli contratti propriamente “pirata”, nonché per i relativi sindacati stipulanti ai sensi dell'art. 17 St. lav.

A queste perplessità si aggiungono, poi, le incertezze legate alla qualità rappresentativa delle organizzazioni sindacali sottoscrittrici, aggravate oltremodo dal particolare riferimento “alle più rappresentative”, da intendersi probabilmente come quelle “comparativamente più rappresentative” in luogo delle vecchie “maggiormente rappresentative”⁶¹. Anche così, tuttavia, le incertezze permangono, per i tanti interrogativi che tuttora attengono alla nozione di rappresentatività comparativa e che avrebbero, pertanto, consigliato maggior prudenza in ordine alla trasposizione di un tale concetto nell'ordinamento penalistico, dominato da principi di tassatività e legalità.

La questione balza evidentemente all'attenzione se si pone mente al CCNL *Assodelivery-UGL*, sottoscritto il 9 settembre 2020 per disciplinare, mediante pagamento a consegna, l'attività dei rider assunti con contratto di lavoro autonomo *ex art. 47-bis* d.lgs. n. 81/2015,

⁶⁰ Trib. Torino, 2 luglio 2019, in *Labor*, 2020, 1, 79 ss., con nota di M. GIACONI, Il trattamento retributivo nel CCNL Vigilanza privata e servizi fiduciari lede l'art. 36 Cost. Un'interessante pronuncia del Tribunale di Torino; Trib. Milano, 30 giugno 2016, in *Labor*, 2017, 2, 233 ss., con nota di G. CENTAMORE, Contratti collettivi “qualificati” e trattamento economico dei soci lavoratori di cooperativa: cronaca e implicazioni di una vicenda singolare.

⁶¹ Diversamente, però, FERRARESI M., Retribuzione e sfruttamento del lavoro: quali criteri applicativi?, cit., 15; più in generale, sulla rappresentatività, v., da ultimo, DI NOIA F., Rappresentatività e contratto collettivo. Libertà, pluralismo ed esigenze regolative, Giappichelli, Torino, 2022.

ma poi accompagnato da sì rilevanti interrogativi circa l'effettiva rappresentatività comparativa dei soggetti firmatari da far dubitare della stessa legittimità dell'accordo o dei suoi effetti derogatori della legge⁶². Ciò stando almeno all'art. 47-*quater* dello stesso decreto, che attribuisce ai soli contratti collettivi siglati dai sindacati comparativamente più rappresentativi il potere di introdurre forme di compenso, appunto, a consegna, in luogo della più protettiva garanzia di corrispettivi minimi orari per detti lavoratori, desunti dai CCNL di settori affini o equivalenti.

Colpisce, peraltro, che un CCNL così discusso – «penalizzante», secondo gli stessi rider⁶³ – trovi oggi esplicito richiamo in quel “modello organizzativo 231” della società, che dovrebbe segnare un cambio di passo rispetto alle deprecabili vicende di sfruttamento (c.d. caporalato digitale) sfociate nell'amministrazione giudiziaria dell'azienda *ex art.* 34 d.lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia)⁶⁴. La cosa colpisce e, pur tuttavia, non sorprende, considerata l'affiliazione di *Uber Eats Italy S.r.l.* ad *Assodelivery*, che è tale da giustificare la chiamata in causa di quel contratto. Resta, però, l'impressione di una certa debolezza del cammino intrapreso, tanto più alla luce di una prima giurisprudenza⁶⁵, orientatasi per l'antisindacalità di quel contratto collettivo, sia pur sulla scorta di argomentazioni non sufficienti proprio in punto di rappresentatività comparativa⁶⁶.

⁶² Cfr. RAZZOLINI O., Riders, condotta antisindacale e ruolo del sindacato: il processo come strumento di rilancio dell'azione sindacale nella gig economy, in *GC.com*, 2021, n. 9, 8, a partire dalla dubbia rappresentatività comparativa della UGL, sulla scorta dei criteri di cui alla circolare ministeriale n. 17, del 19 novembre 2020; BAVARO V., Il Ccnl Assodelivery-Ugl: 4 problemi fra diritto e ideologia, in *Il diario del lavoro*, 24.09.2020, <https://www.ildiariodellavoro.it/il-ccnl-assodelivery-ugl-4-problemi-fra-diritto-e-ideologia/> (consultato il 5.09.2022), MARTELLONI F., CCNL Assodelivery-UGL: una buca sulla strada dei diritti dei rider, in *QG*, 22 ottobre 2020, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/ccnl-assodelivery-ugl-una-buca-sulla-strada-dei-diritti-dei-rider> (consultato il 5.09.2022); contra TRABOSCHI M., Il CCNL Assodelivery-UGL Rider: le ragioni della contesa politico-sindacale e le (distinte) problematiche giuridiche che questo accordo solleva, in *Boll. ADAPT*, 2020, n. 35, 1 ss., <https://www.bollettinoadapt.it/il-ccnl-assodelivery-ugl-rider-le-ragioni-della-contesa-politico-sindacale-e-le-distinte-problematiche-giuridiche-che-questo-accordo-solleva/?pdf=158200> (consultato il 5.09.2022).

⁶³ Riders, arriva il primo contratto collettivo: 10 euro l'ora e indennità per la pioggia, in *Il Sole 24 ore*, 27.09.2020, <https://www.ilsole24ore.com/art/riders-arriva-primo-contratto-collettivo-10-euro-l-ora-e-indennita-la-pioggia-AD5QCwp>.

⁶⁴ V. Trib. Milano, Sez. mis. prev., 3 marzo 2021, in <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/06/tribunale-mi-uber-34-anonim.pdf> (consultato il 5.09.2022).

⁶⁵ Trib. Bologna, 30 giugno 2021, in <https://www.wikilabour.it/segnalazioni/sindacale/tribunale-di-bologna-30-giugno-2021/> (consultato il 5.09.2022); Trib. Firenze, 24 novembre 2021, in <https://www.dirittoantidiscriminatorio.it/app/uploads/2021/11/Trib.-Firenze-sent.-7812021.pdf> (consultato il 5.09.2022).

⁶⁶ POSO A., Sul procedimento antisindacale a proposito dell'applicazione del CCNL Assodelivery e Ugl Rider, aspettando l'ardua sentenza, in *Labor*, 15 luglio 2021, <https://www.rivistalabor.it/sul-procedimento-antisindacale-a-proposito-dellapplicazione-del-ccnl-assodelivery-e-ugl-rider-aspettando-lardua-sentenza/> (consultato il 5.09.2022); RAZZOLINI O., Riders, condotta antisindacale e ruolo del sindacato: il processo come strumento di rilancio dell'azione sindacale nella gig economy, cit., 8; MARTELLONI F., Riders: la repressione

5. “Caporalato”: la responsabilità amministrativa dell’ente.

Che siano più o meno solidi e convincenti, quelli del comma 3, dell’art. 603-*bis* c.p. rappresentano ad ogni modo “indici sentinella” per chi sia deputato a predisporre quel famoso modello di organizzazione e gestione (modello o *compliance* 231), capace di fungere da esimente della responsabilità collettiva da reato; una responsabilità, questa, che si aggiunge alla responsabilità penalmente sanzionata sul piano individuale, della quale si è finora discusso.

Come visto in apertura, l’art. 25-*quinquies* del d.lgs. n. 231/2001, dopo le modifiche apportate dalla l. n. 199, aggiunge anche il delitto dell’art. 603-*bis* c.p. nel novero di quei c.d. reati-presupposto (reati-colposi ad evento), la cui commissione dà luogo a responsabilità dell’ente datore di lavoro. In omaggio al ben noto brocardo latino secondo cui *societas delinquere non potest*, detta responsabilità è qualificata formalmente come amministrativa, pur essendo sottoposta al vaglio del giudice penale, cui è devoluto il compito di accertarla con conseguente irrogazione (sempre) di una sanzione pecuniaria da 100 a 1000 quote, nonché con la comminazione (eventuale) di un’altra serie di sanzioni, incluso quelle interdittive, fino alla interruzione dell’attività dell’ente, sostituibile, a certe condizioni, dal commissariamento giudiziale (art. 9 ss. d.lgs. n. 231/2001).

Si tratta di una responsabilità, che, per quanto autonoma e diretta, ossia imputabile all’ente per *fatto proprio*, si cumula comunque, in omaggio allo schema ottocentesco della immedesimazione organica⁶⁷, a quella individuale della persona fisica in posizione apicale (di rappresentanza, amministrazione, direzione dell’ente o di una sua unità organizzativa) o comunque a quella di soggetti non apicali sottoposti al controllo dei primi (ad es. dipendente, consulente, agente, ecc.). È, inoltre, una responsabilità connessa a quella della persona fisica, perché – sulla scorta di modelli di matrice anglosassone – presuppone che l’autore del reato abbia agito nell’interesse e a vantaggio dell’ente, sicché la responsabilità medesima è esclusa quando la persona fisica abbia commesso il fatto penalmente rilevante nell’esclusivo interesse proprio o di terzi o comunque la persona giuridica non ne abbia tratto una qualche utilità⁶⁸.

della condotta antisindacale allarga il suo raggio, in LLI, 2021, n. 2, 179, <https://labourlaw.unibo.it/article/view/14114> (consultato il 5.09.2022).

⁶⁷ TORRE V., Agricoltura senza (il reato di) caporalato, in CD, 30 luglio 2018, 9; in una prospettiva storica, DE SIMONE G., Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici, Edizioni ETS, Pisa, 2012, 59 ss.

⁶⁸ V. Cass., S.U., 18.09.2014, n. 38343 sul caso *ThyssenKrupp* e in generale, la giurisprudenza della sezione quarta, della Cassazione penale, secondo cui la responsabilità amministrativa dell’ente va verificata con

È, infine, una responsabilità di tipo soggettivo, poiché implica la sussistenza di una “colpa di organizzazione”, sicché l’ente potrà esimersene provando di aver adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione e gestione, con relativo organismo di vigilanza (OdV), finalizzato a disporre cautele volte a prevenire il reato, cautele evidentemente aggirate in modo fraudolento dal soggetto che l’abbia comunque commesso.

Il fatto che tale responsabilità amministrativa sia ispirata, come visto, a modelli i quali legano la responsabilità dell’ente al reato di connessione realizzato dal singolo è stato ritenuto un limite della disciplina in parola. Si è, nella specie, osservato come sia spesso arduo imputare un certo disegno criminoso alla persona giuridica a partire dal comportamento delittuoso della persona fisica. Questo anche perché le compagini societarie si avvalgono, ormai, di sofisticati strumenti e organizzazioni, capaci di occultare la responsabilità dell’ente, al punto da assicurarle l’estraneità, almeno formale, dall’accusa di sfruttamento del lavoro⁶⁹.

Ciò è vero soprattutto nelle ipotesi di imprese ad articolazione complessa, come sono i gruppi multinazionali, cui si affiancano oggi le catene del valore o filiere produttive globali, connotate dalla presenza di soggetti economici i cui forti legami di interdipendenza – come è stato notato – si esprimono sovente «in mere attività di coordinamento che sfuggono ai parametri usuali di imputazione della responsabilità adottati nei nostri sistemi giuridici»⁷⁰. In particolare, la piena autonomia di tali soggetti sul piano legale ostacola una risalita a monte della responsabilità *ex* d.lgs. n. 231/2001, rendendo complesso l’accertamento di un difetto di organizzazione sino alla sommità della catena e, dunque, in capo alla *holding*⁷¹.

Nel panorama italiano, ha fatto scalpore la vicenda giudiziaria della *Ceva Logistics Italia S.r.l.*, importante azienda multinazionale della logistica, al centro di una complessa organizzazione criminosa, con un consorzio ed un ampio carosello di società cooperative

riferimento non all’evento (per definizione non voluto), ma alla condotta posta in essere dall’agente, per cui la condizione in questione potrà dirsi avverata quando detta condotta abbia consentito all’ente di realizzare risparmi, ancorché modesti, nei costi di gestione o, quanto meno, sia stata finalisticamente orientata al conseguimento di un tale risultato: in altri termini, l’interesse o vantaggio dell’ente coincide con il risparmio di costi o di tempo o l’aumento della produttività.

⁶⁹ TORRE V., L’obsolescenza dell’art. 603-bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo, cit., 89.

⁷⁰ BRASCHI S., Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: elementi costitutivi e apparato sanzionatorio, in LDE, 2022, n. 2, 44 s., nt. 91.

⁷¹ «Il sistema degli illeciti amministrativi dipendenti da reato è fondato su un ente singolarmente considerato e ignora il fenomeno dei gruppi di società», come osserva D’ARCANGELO F., *La responsabilità da reato della holding e l’abuso di direzione unitaria*, in BORSARI R. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova University Press, Padova, 2016, 86 e ivi per l’ampia letteratura di riferimento, nonché per una ricostruzione degli itinerari giurisprudenziali sviluppatasi nel silenzio del legislatore; sul tema si soffermano, peraltro, anche le “Linee Guida per la costruzione dei Modelli di Organizzazione, Gestione e Controllo ai sensi del d.lgs. n. 231/2001” di Confindustria, aggiornate al giugno 2021.

fittizie, tutte impegnate in attività di (mera) intermediazione (illecita) della manodopera dietro lo schermo di appalti non genuini (facenti capo alla stessa Ceva in qualità di committente) aventi ad oggetto servizi di facchinaggio e di movimentazione delle merci⁷².

Ancor più ha destato sconcerto il caso – già prima accennato – di *Uber Italy srl*, apicale per l'Italia del colosso digitale *Uber*, a propria volta controllata dalla olandese *Uber Portier B.V.* per quanto concerne il *food delivery* afferente al ramo societario *Uber Eats*. La società, deputata per statuto all'esercizio di attività di *marketing* e di consulenza nel settore dei trasporti privati, si è resa protagonista – come noto – di un grave programma criminoso a carico della propria flotta di *riders*. Ciò in forza dell'illecita attività intermediatrice svolta, per suo conto, da *Flash Road City e Frc S.r.l.* Entrambe le società erano impegnate a reclutare, con contratti di lavoro autonomo occasionale, soggetti in stato di bisogno allo scopo di destinarli all'attività di consegna di pasti a domicilio a favore della compagnia *Uber Italy*: per lo più, persone richiedenti asilo, dimoranti presso centri di accoglienza straordinaria e in condizioni di vulnerabilità sociale, tanto da poter richiedere un permesso di soggiorno per motivi umanitari⁷³.

⁷² Trib. Milano, Sez. mis. prev., 6 maggio 2019, n. 11, in file:///C:/Users/utente/Documents/Incontro%20formativo%20caporalato%20e%2020231/Giurisprudenza/Trib.%20Mi%20mip_112019_Ceva.pdf (consultato il 5.09.2022); in dottrina, v. MERLO A., *Il contrasto al “caporalato grigio” tra prevenzione e repressione*, in *DPC*, 2019, n. 6, 171 ss., <https://archiviodypc.dirittopenaleuomo.org/d/6761-il-contrasto-al-caporalato-grigio-tra-prevenzione-e-repressione> (consultato il 5.09.2022).

⁷³ Trib. Milano, Sez. mis. prev., 27 maggio 2020, n. 9, in *RIDL*, 2020, II, 547 ss., con nota di ESPOSITO A., *I riders di Uber Italy S.r.l.*, che ha disposto la misura dell'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 del Codice Antimafia nei confronti di *Uber Italy S.r.l.*; sullo stesso caso, v. poi Trib. Milano, Sez. mis. prev., 3 marzo 2021, cit., che ha disposto la revoca della misura, nonché G.u.p., Trib. Milano, 15 ottobre 2021, n. 2805, cit., che ha condannato l'amministratore di diritto della *Flash Road City* in relazione al reato dell'art. 603-bis c.p. e ai reati fiscali di cui agli artt. 2 e 8 d.lgs. n. 74/2000, ritenuti avvinti da continuazione con il primo reato; in dottrina v. anche, tra gli altri, MERLO A., *Sfruttamento dei riders: amministrazione giudiziaria ad Uber per contrastare il “caporalato digitale”*, in *SP*, 2 giugno 2020, <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/uber-sfruttamento-rider-amministrazione-giudiziaria-caporalato-digitale> (consultato il 5.09.2022) MENDITTO F., *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011)*, in *QG*, 24 giugno 2020, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-nuova-frontiera-della-bonifica-delle-aziende-coinvolve-in-contesti-illeciti-l-amministrazione-giudiziaria-art-34-d-lgs-n-159-2011> (consultato il 5.09.2022); BARBERIO M., CAMURRI V., *L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione*, in *GPW*, 2020, n. 7, <https://www.giurisprudenzapenale.com/2020/07/07/lamministrazione-giudiziaria-di-uber-un-possibile-cortocircuito-tra-il-sistema-giuslavoristico-e-le-misure-di-prevenzione/#:~:text=Lgs.e%20le%20misure%20di%20prevenzione> (consultato il 5.09.2022); ESPOSITO A., *Gig Economy e recupero della legalità*, in *LP*, 31 luglio 2020, <https://www.lageislazionepenale.eu/gig-economy-e-recupero-della-legalita-andreana-esposito/> (consultato il 5.09.2022); CAMMARATA L., SIMEONE T., *Sfruttamento del lavoro e responsabilità amministrativa degli Enti: alcune riflessioni a margine del caso Uber*, in *DB*, 2 luglio 2020, <https://www.dirittobancario.it/art/sfruttamento-del-lavoro-e-responsabilita-amministrativa-degli-enti-alcune-riflessioni-margine-del/> (consultato il 5.09.2022); CUBICCIOTTO C., ANDÒ B., *Il contrasto e la repressione dell'intermediazione illecita e dello sfruttamento del lavoro: il caso Uber*, in *PDP*, 3 agosto 2020, <https://www.penedp.it/il-contrasto-e-la-repressione-dellintermediazione-illecita-e-dello-sfruttamento-del-lavoro-il-caso-uber/> (consultato il 5.09.2022); FURNARI E ASSOCIATI STUDIO LEGALE, *I rischi penali della platform economy*, febbraio 2021, www.fornarieassociati.com (consultato il 5.09.2022); GASPARDINI F., *Riders, caporalato digitale e misure di prevenzione: il contrasto alle nuove forme di sfruttamento delle decisioni del Tribunale di Milano sul caso UBER*, a cura di HUB231, 17 maggio 2021,

In entrambe le vicende, i giudici hanno ravvisato un «regime di sopraffazione retributivo e trattamentale» nei confronti di molteplici lavoratori con caratteristiche penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 603-*bis* c.p.⁷⁴. Così, ferma la sottoposizione a procedimento penale delle persone fisiche poste in posizione apicale all'interno delle varie società coinvolte, i giudici hanno disposto per ambedue le aziende – *Ceva Logistics Italia S.r.l.* e *Uber Italy S.r.l.*, non invece *Uber Portier B.V.*, per mancanza di indici certi di coinvolgimento della *holding* – l'amministrazione giudiziaria ex art. 34 d.lgs. n. 159/2011 (codice antimafia), come novellato dall'art. 10, comma 1, l. 161/2017 (c.d. riforma del codice antimafia).

Si è al cospetto di una misura di prevenzione patrimoniale, l'amministrazione giudiziaria, che coesiste con tutta un'altra serie di strumenti, tra cui lo stesso modello di responsabilità ex d.lgs. n. 231/2001⁷⁵, invocabile nei confronti di realtà (anche) imprenditoriali, rispetto a cui sussistano «sufficienti indizi» per ritenere che il libero esercizio di certe loro attività economiche «possa comunque agevolare l'attività di persone» imputate di una serie di delitti, tra cui quello dell'art. 603-*bis* c.p. Ciò è vero almeno da quando – come anticipato – la novella legislativa del 2017 ha inserito il delitto in parola tra i reati-catalogo dell'art. 34, così da consentire alla misura, originariamente concepita in funzione di mero contrasto alle infiltrazioni mafiose nella sfera economica, di poter giocare un ruolo pure sul versante della lotta allo sfruttamento del lavoro⁷⁶.

Nei casi sopracitati, il ricorso all'amministrazione giudiziaria, con la nomina di un amministratore ed il conseguente parziale spossessamento gestorio delle imprese, è parso valorizzare quella linea evolutiva dell'ordinamento, che, in una logica di superamento

<https://www.hub231.it/2021/05/17/riders-caporalato-digitale-e-misure-di-prevenzione-il-caso-uber/> (consultato il 5.09.2022); QUATTROCCHI A., *Le nuove manifestazioni della prevenzione patrimoniale: amministrazione giudiziaria e contrasto al "caporalato" nel caso Uber*, in *GP*, 2020, n. 6, https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2020/06/Quattrocchi_gp_2020_6.pdf (consultato il 5.09.2022); BRAMBILLA P., *Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo al banco di prova della prassi: spunti di riflessione sui confini applicativi della fattispecie alla luce della prima condanna per caporalato digitale nel caso Uber* (nota a G.u.p., Trib. Milano, 15 ottobre 2021, n. 2805), in *SP*, 2022, n. 3, 149 ss., <https://www.sistemapenale.it/it/sentenza/tribunale-milano-caporalato-digitale-uber> (consultato il 5.09.2022); INVERSI C., *Caporalato digitale: il caso Uber Italy Srl*, in *LD*, 2021, n. 2, 335 ss.; GALLUCCIO A., *Misure di prevenzione e "caporalato digitale": una prima lettura del caso Uber Eats*, in *GDLRI*, 2021, n. 169, 1, 105 ss.; VULCANO M., *La Compliance 231 nelle società sottoposte a misure di prevenzione patrimoniali: il caso Uber*, in *Sistema 231*, 2022, 2, 47 ss.

⁷⁴ Trib. Milano, Sez. mis. prev., 27 maggio 2020, n. 9, cit., 556; v. anche Trib. Milano, Sez. mis. prev., 6 maggio 2019, n. 11.

⁷⁵ VULCANO M., *La Compliance 231 nelle società sottoposte a misure di prevenzione patrimoniali: il caso Uber*, cit., 49; sui rapporti tra il sistema di giustizia penale dell'ente di cui al d.lgs. n. 231/2001 e le misure di prevenzione patrimoniali di cui al d.lgs. n. 159/2011 v. BONTEMPELLI M., *L'accertamento penale alla prova della nuova prevenzione antimafia*, in *DPC*, 11 luglio 2018, <https://archiviopdc.dirittopenaleuono.org/d/6162-laccertamento-penale-alla-prova-della-nuova-prevenzione-antimafia> (consultato il 5.09.2022).

⁷⁶ In tema, MENDITTO F., *La nuova frontiera della bonifica delle aziende coinvolte in contesti illeciti: l'amministrazione giudiziaria (art. 34 d.lgs. n. 159/2011), cit.*

dell’approccio più classicamente punitivo, ha aperto le porte a una serie di strumenti alternativi, a carattere preventivo e di controllo, funzionali ad un ripristino della legalità nell’impresa senza interruzione dell’intera attività economica.

In particolare, il richiamo all’art. 34 d.lgs. n. 159/2011 ha permesso alla magistratura di promuovere, in via preventiva e nella piena garanzia del normale esercizio d’impresa in capo agli organi di amministrazione societaria, un intervento correttivo e mirato, dal grande impatto (pure mediatico) sui due enti, così da procedere il più rapidamente possibile alla bonifica delle relative “aree economiche contaminate”, anche tramite adozione di apposito MOGC, e alla successiva, completa riabilitazione delle società⁷⁷.

Tutto bene, se non fosse, però, che l’applicazione della misura ha finito giocoforza per derubricare la posizione delle società al ruolo di meri “soggetti agevolatori” dell’altrui delitto di “caporalato”, censurabili nella propria condotta – da valutarsi ovviamente attraverso i comportamenti dei propri manager – unicamente «su un piano di rimproverabilità “colposa”, quindi negligente, imprudente, imperita», senza alcuno sconfinamento nella «consapevolezza piena della relazione di agevolazione». Si tratterebbe, insomma, di una censura (ricostruibile nei termini) di «omesso controllo», rilevante esclusivamente sul piano della colpa, in conseguenza della violazione di normali regole di prudenza e buona amministrazione imprenditoriale che la stessa società si sia data, dotandosi magari di un codice etico, o che costituiscano norma di comportamento esigibile *ex lege*⁷⁸.

Eppure – se pensiamo, ad esempio, proprio al caso del colosso americano *Uber* – la ricostruzione dei fatti, corroborata altresì dalla sottoposizione a procedimento penale della dirigenza di *Uber Italy S.r.l.*⁷⁹, parrebbe deporre in senso diverso, testimoniando di una vera e propria commistione di interessi tra *Uber Italy S.r.l.* e *Flash Road City*, nonché *Frc S.r.l.* (c.d. *fleet partners*)⁸⁰.

⁷⁷ Con riguardo al caso *Uber Italy S.r.l.*, v. GALLUCCIO A., *Misure di prevenzione e “caporalato digitale”: una prima lettura del caso Uber Eats*, cit., 109 ss., la quale sottolinea, infatti, a più riprese, come la misura in argomento sia stata disposta nella fase delle indagini preliminari per il delitto dell’art. 603-*bis* c.p.

⁷⁸ Trib. Milano, Sez. mis. prev., 27 maggio 2020, n. 9, cit., 548, con richiamo a Trib. Milano, Sez. mis. prev., 23 giugno 2016, n. 6, relativa al caso *Nolostand S.p.A.*, in <https://archiviordpc.dirittopenaleuomo.org/d/4885-ancora-una-decisione-innovativa-del-tribunale-di-milano-sulla-prevenzione-antimafia-nelle-attivita/>, con nota di VISCONTI C., *Ancora una decisione innovativa del Tribunale di Milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali*.

⁷⁹ Come emerge da G.u.p., Trib. Milano, 15 ottobre 2021, n. 2805, cit., che, come si diceva, ha condannato il manager di *Flash Road City* con rito abbreviato, mentre il procedimento a carico della dirigenza di *Uber Italy S.r.l.* è stato affidato al rito ordinario.

⁸⁰ Cfr. BARBERIO M., CAMURRI V., *L’amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione*, cit., 15 ss.; GASPARDINI F., *Riders, caporalato digitale e misure di prevenzione: il contrasto alle nuove forme di sfruttamento delle decisioni del Tribunale di Milano*

Tanto può dedursi almeno dal fatto, tra gli altri, che «il coinvolgimento di alcuni dipendenti di Uber nella gestione dei riders» era piuttosto intenso, che «l'autonomia dei riders era in realtà vincolata e coordinata da Uber, (...) la pianificazione delle fasce orarie su talune città veniva preventivamente ed effettivamente indicata da Uber», che le *fleet partners* esercitassero un forte potere sanzionatorio verso i ciclofattorini qualora non rispondessero ai requisiti di affidabilità posti da Uber e, infine, che fosse la stessa manager di Uber a incoraggiare i propri *partners* ad adottare metodi di sorveglianza e di pagamento, emblematici della situazione di sfruttamento lavorativo. Emerge insomma chiaro, a detta degli stessi giudici, che «Uber indirizzasse e limitasse» alquanto «le capacità decisionali» di *Flash Road City/Frc S.r.l.* «con ripercussioni sull'autonomia decisionale dei fattorini e in aperta contraddizione con quanto previsto sia nel contratto (c.d. di prestazione tecnologica) siglato tra Uber e *Frc S.r.l.* (...), sia con la natura degli accordi di collaborazione occasionale sottoscritti dalla *Frc S.r.l.* con i vari riders»⁸¹.

Sul versante giuslavoristico, tutto ciò ha una duplice significato: da un lato, pone in discussione la natura pienamente autonoma dei rapporti di lavoro instaurati tra i ciclofattorini e *Flash Road City/Frc S.r.l.*; dall'altro, e più in radice, depone nel senso del carattere interpositorio dei rapporti commerciali sottesi allo (pseudo)appalto di servizi tra *Uber Italy S.r.l.* e le *fleet partners*⁸², con conseguente possibilità per i lavoratori di vedersi riconosciuta in sede giudiziale la costituzione di un rapporto di lavoro alle dirette dipendenze di *Uber Italy S.r.l.*, quale interponente – dunque, reale datore di lavoro – dei prestatori utilizzati (art. 38, comma 2, d.lgs. n. 81/2015)⁸³.

Sul versante penalistico, questa stessa lettura induce, invece, a sollevare dubbi circa la posizione di effettiva terzietà di *Uber Italy S.r.l.* rispetto alle condotte di sfruttamento denunciate. Ciò avrebbe dovuto, piuttosto, orientare i giudici verso una imputazione

sul caso UBER, cit., 7; GALLUCCIO A., Misure di prevenzione e “caporalato digitale”: una prima lettura del caso Uber Eats, cit., 107.

⁸¹ Trib. Milano, Sez. mis. prev., 27 maggio 2020, n. 9, cit., 553.

⁸² GALLUCCIO A., *Misure di prevenzione e “caporalato digitale”: una prima lettura del caso Uber Eats*, cit., 107; invece, per un caso di riconosciuta interposizione vietata, con conseguente responsabilità amministrativa dell'ente, riconosciuta, tuttavia, con riferimento ai (soli) reati fiscali di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74/2000, v. Cass. pen., sez. III, 27 gennaio 2022, n. 16302, in <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2022/05/Cass.-n.-16302-22.pdf> (consultato il 5.09.2022).

⁸³ Da notizie giornalistiche si apprende che il Tribunale di Torino ha riconosciuto, a favore di alcuni *riders* ricorrenti, la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato direttamente con *Uber Eats: A Torino vincono i rider di Uber Eats: “Devono avere il contratto di lavoro subordinato”*, in *La Stampa*, 18 novembre 2021, <https://www.lastampa.it/torino/2021/11/18/news/a-torino-vincono-i-rider-di-uber-eats-devono-avere-il-contratto-di-lavoro-subordinato-1.40935631#:~:text=I%20rider%20di%20Uber%20Eats%20hanno%20diritto%20al%20riconoscimento%20del%20causa%20promossa%20da%20dieci%20lavoratori> (consultato il 5.09.2022).

dell'ente per illecito amministrativo (art. 25 *quinquies* d.lgs. n. 231/2001), da valutarsi evidentemente in correlazione al comportamento dei manager della società, con eventuale applicazione in sede cautelare, a carico di *Uber Italy S.r.l.* medesima, della diversa misura del commissariamento giudiziale (art. 15 d.lgs. n. 231/2001)⁸⁴.

Al fondo, resta l'impressione di una certa difficoltà ricostruttiva delle dinamiche infragruppo interne al colosso digitale *Uber*, difficoltà che devono certo aver pesato sulla decisione assunta. Come è stato notato, la motivazione in ordine al profilo soggettivo colposo della misura dell'amministrazione giudiziaria avrebbe meritato forse maggiore impegno esplicativo, se non altro perché la censura di rimproverabilità colposa, ove formulata in termini di omesso controllo da parte di *Uber Italy S.r.l.* chiama giocoforza in causa i rapporti interni alla “galassia” *Uber* e, in particolare, quelli con la *holding* di diritto olandese⁸⁵. I giudici percepiscono l'estrema nebulosità di tali rapporti, ma non vi si addentrano, rinviando in sede di amministrazione giudiziaria l'esame particolareggiato degli stessi, insieme all'accertamento di quale sia il modello organizzativo e gestionale redatto sulla base dell'art. 6, comma 2, d.lgs. n. 231/2001 «con particolare cura (proprio) nella valutazione dell'idoneità del modello a prevenire» il reato di “caporalato” «nello specifico settore di intervento della misura (rapporto con lavoratori autonomi c.d. *riders*)»⁸⁶.

6. (Segue): i modelli 231.

⁸⁴ BARBERIO M., CAMURRI V., L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione, cit., 18; GASPARDINI F., Riders, caporalato digitale e misure di prevenzione: il contrasto alle nuove forme di sfruttamento delle decisioni del Tribunale di Milano sul caso UBER, cit., 7; come sottolinea BONTEMPELLI M., L'accertamento penale alla prova della nuova prevenzione antimafia, cit., 3, si tratta, infatti, di misure diverse: «il commissariamento dell'ente sottoposto al processo penale per la responsabilità amministrativa da reato presuppone l'accertamento (indiziario se in fase cautelare) di un reato commesso dalla persona fisica nell'interesse o a vantaggio di quella giuridica (quindi l'impresa è favorita nell'attività criminale). Al contrario, l'amministrazione giudiziaria implica accertare (secondo la tecnica indiziaria) o che l'impresa è stata sottoposta ad attività “di intimidazione o di assoggettamento” ai sensi dell'art. 416-bis c.p. (quindi l'impresa è vittima delle associazioni mafiose e similari), o che “possa” essa stessa “agevolare” l'attività di una variegata tipologia di persone pericolose oppure sottoposte a procedimento di prevenzione o penale (quindi l'impresa è funzionale agli interessi criminali, mentre nel d.lgs. n. 231/2001 l'attività criminale è compiuta nell'interesse dell'impresa)».

⁸⁵ Come ben sottolineano CUBICCIOTTO C., ANDÒ B., *Il contrasto e la repressione dell'intermediazione illecita e dello sfruttamento del lavoro: il caso Uber*, cit., 14 s., richiamando la pronuncia del Tribunale milanese, per la *holding* olandese non è stato possibile «formulare un giudizio di *favoreggiamento colposo*” – rilevante ai sensi dell'applicazione della misura di prevenzione in questione – alla luce della sola conclusione dei contratti di prestazione tecnologica (...). Ciò, in particolare» anche in ragione del fatto che, «diversamente da quanto riscontrabile in relazione alle società italiane, l'attività della *holding* non ha ad oggetto la gestione del *food-delivery*, ma si occupa essenzialmente della consulenza e della gestione di servizi privati di trasporto di persone (c.d. Noleggio con conducente), ossia di servizi del tutto diversi da quelli posti in essere dai soggetti che partecipavano alla sola attività “contaminata”».

⁸⁶ Trib. Milano, Sez. mis. prev., 3 marzo 2021, cit., 3.

Il caso *Uber Italy S.r.l.* ci traghetta, così, al tema dei MOGC di cui al d.lgs. n. 231/2001. Sebbene nel Codice Antimafia la c.d. *compliance 231* trovi esplicita menzione solo in riferimento al “controllo giudiziario” delle aziende *ex art. 34-bis* d.lgs. n. 159/2011 (comma 3, lett. *d*)), nondimeno essa ha acquisito una valenza del tutto centrale anche nell’ambito della più penetrante misura della “amministrazione giudiziaria” *ex art. 34* del decreto medesimo.

Se ciò è accaduto, pur in assenza di un’espressa previsione normativa, lo si deve all’opera “creativa” della giurisprudenza milanese, che, forte della istituzione di una sezione autonoma ed esclusiva competente in materia, ha dato vita a una vera e propria «osmosi» tra misure di prevenzione di cui al d.lgs. n. 159/2011 e responsabilità amministrativa degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001⁸⁷.

Si è trattato di un’osmosi inedita, ma feconda, per quanto non priva di profili problematici⁸⁸, tra “microcosmi” assai diversi per finalità e connotati, con i MOGC elevati a *trait union* degli stessi, quali «presidi di legalità»⁸⁹ da adottare ed efficacemente attuare *pro futuro*, per il tempo in cui, completato il programma di bonifica aziendale, l’azienda sarà chiamata a «camminare» in sicurezza «*con le proprie gambe*»⁹⁰.

Resta, tuttavia, da capire quali caratteristiche debbano avere detti MOGC, ove aspirino a possedere una portata realmente esimente della responsabilità dell’ente per il reato di intermediazione illecita e di sfruttamento del lavoro.

Come noto, il d.lgs. n. 231 offre indicazioni piuttosto poche circa i criteri su cui tarare l’idoneità dei modelli di organizzazione, gestione e controllo⁹¹. Da qui l’emergere di

⁸⁷ CAPECCHI G., *La misura di prevenzione patrimoniale dell’amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità*, cit., 16; ciò benché «il legislatore abbia concepito i due ambiti, d.lgs. n. 231/2001 e d.lgs. n. 159/2011, in modo da escludere, almeno in via tendenziale, una sovrapposizione operativa degli strumenti di prevenzione del rischio penale d’impresa» (commissariamento giudiziale) «agli strumenti di prevenzione antimafia in senso stretto» (controllo giudiziario e amministrazione giudiziaria): così BONTEMPELLI M., *L’accertamento penale alla prova della nuova prevenzione antimafia*, cit., 3.

⁸⁸ CAPECCHI G., *La misura di prevenzione patrimoniale dell’amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità*, cit., 16 ss.

⁸⁹ VULCANO M., *La Compliance 231 nelle società sottoposte a misure di prevenzione patrimoniali: il caso Uber*, cit., 50.

⁹⁰ CAPECCHI G., *La misura di prevenzione patrimoniale dell’amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità*, cit., 8.

⁹¹ Non è un caso che, a suo tempo, sia stato addirittura predisposto un “Decalogo 231” da parte del Tribunale di Milano: http://www.bonusargentarius.net/luiss/Decalogo231_GIP_Milano.htm (consultato il 5.09.2022).

problemi anche sul versante della loro valutazione giudiziale, esposta, secondo i più, a tali e sì tante incertezze da scoraggiarne, a monte, la stessa adozione da parte imprenditoriale⁹².

Gli artt. 6 e 7 delineano, in effetti, un contenuto minimo obbligatorio e non derogabile dei MOGC, restando poi in capo a ciascuna compagine societaria il compito di adeguare il modello alle proprie esigenze, facendone, insomma, un “vestito” a misura della propria organizzazione. Questo resta vero altresì nell’ipotesi in cui il MOGC si presti ad assolvere una funzione preventiva di fenomeni delittuosi come quello del “caporalato”, giacché la legge n. 199/2016 non ha fissato alcun parametro di adeguatezza a riguardo, né ha fornito particolari indicazioni sul punto.

Potrebbe in ogni caso rivelarsi utile il richiamo agli indici dell’art. 603-*bis*, sintomatici di una condizione di sfruttamento e, dunque, indicativi dei profili del rapporto di lavoro da “attenzione” – per usare un verbo discutibile, ma di tendenza – in funzione di contrasto del fenomeno.

6.1. Il “caporalato”: tra MOGC ex art. 6 d.lgs. n. 231/2001 e MOG ex art. 30 d.lgs. n. 81/2008.

Tra detti profili, spicca, peraltro, quello della sicurezza e salute dei lavoratori, se è vero che la violazione delle norme in materia, come pure l’inosservanza dei precetti su orario di lavoro, riposi, aspettative obbligatorie e ferie fanno esplicita comparsa tra gli anzidetti indici (art. 603-*bis*, comma 3, nn. 2 e 3, c.p.).

Come noto, si tratta di un ambito – la prevenzione dei rischi sul lavoro – ormai presidiato anch’esso dal sistema di responsabilità amministrativa degli enti, con il modello di organizzazione e gestione del d.lgs. n. 81/2008 (MOG) destinato a fungere da strumento di «definizione e (...) attuazione di una politica aziendale per la salute e sicurezza ai sensi dell’art. 6, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 231/2001» in funzione preventiva dei «reati di cui agli artt. 589 e 590, comma 3, c.p. (omicidio colposo e lesioni personali colpose) commessi in violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela della salute sul lavoro» (art. 2, comma 1, *dd*) e, dunque, con efficacia esimente della correlativa responsabilità, ove il MOG sia

⁹² Per questi rilievi v., tra i tanti, PEZZI E., D.lgs. n. 231/2001: la vexata quaestio dell’idoneità ed efficacia dei MOG fra prospettive di riforma e fonti delle regole cautelari, in LP, 8 ottobre 2021, <https://www.laegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2021/12/Pezzi-Approfondimenti-2.pdf> (consultato il 5.09.2022); SARDELLA F., La valutazione dei modelli organizzativi: aspetti legali e sistemi di certificazione. I punti di forza del D.Lgs. n. 231/2001 e le prospettive di riforma, in STAMPANONI BASSI G. (a cura di), Responsabilità degli enti: problematiche e prospettive di riforma a venti anni dal d.lgs. n. 231/2001, in GP, 2021, n. 1-bis, p. 50 ss., https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2021/02/Fascicolo_WEB_aggiornato.pdf (consultato il 5.09.2022).

adottato e implementato nel rispetto dei requisiti di cui al medesimo d.lgs. n. 81/2008 (art. 30).

Ora, il fatto che il “caporalato” abbia tra i suoi indici sintomatici la violazione delle norme su orario e ambiente di lavoro e che richieda, quindi, (per implicito) di essere contrastato (anche) tramite un *focus* sul sistema prevenzionistico aziendale, induce a ritenere decisiva pure a questi fini l'adozione di un efficace modello organizzativo e gestionale in tema di salute e sicurezza⁹³. Da tal punto di vista, la prevenzione del reato di cui all'art. 603-*bis* c.p. si candida a rappresentare il vero punto di convergenza tra MOG *ex* art. 30 d.lgs. n. 81/2008 e MOGC *ex* 6 d.lgs. n. 231/2001, sollecitando viepiù gli enti-datori di lavoro a muoversi, pertanto, nella logica dei modelli integrati, deputati, cioè, a gestire rischi afferenti ad ambiti diversi (societario, salute e lavoro, ambiente, tributario, anticorruzione, ecc.) nel quadro di uno stesso sistema di regole cautelari e sotto il controllo di un unico organismo (OdV)⁹⁴. Una tale soluzione si fa, peraltro, apprezzare anche sotto altro duplice profilo.

In primis, assicura al MOG *ex* art. 30 d.lgs. n. 81/2008 una sicura valenza esimente della responsabilità amministrativa della persona giuridica, poiché la sottoposizione a vigilanza da parte dell'OdV, trascurata dall'art. 30, è, invece, essenziale (per gli anzidetti fini esimenti) *ex* art. 6 d.lgs. n. 231/2001 e, in un sistema integrato, l'OdV certamente opererà con riferimento a tutti gli ambiti di afferenza, incluso quello della sicurezza⁹⁵.

In secundis, potrebbe altresì rafforzare la tenuta giudiziale dell'intero MOGC *ex* art. 6 d.lgs. n. 231/2001, considerato che il modello *ex* d.lgs. n. 81/2008 può contare, a fini di una sua più precisa concretizzazione, su presunzioni di conformità (v. l'art. 30, comma 5, d.lgs. n. 81/2008, con richiamo alle Linee Guida UNI-INAIL e agli standard tecnici internazionali della BS OHSAS 18001:2007, ora sostituita con ISO 45001:2018), nonché su meccanismi di validazione *ex ante* (v. l'art. 51, comma 3-*bis*, con riferimento all'asseverazione da parte degli organismi paritetici e, per quanto riguarda i suoi possibili effetti, anche l'art. 16, comma 3, d.lgs. n. 81/2008), le cui indicazioni generali, impiegate *mutatis mutandis* oltre lo stretto

⁹³ V. infatti il MOGC predisposto nel corso dell'amministrazione giudiziaria di *Uber Italy S.r.l.*, che ha trovato proprio nel “Protocollo salute, sicurezza sul lavoro e ambiente” il suo elemento più qualificante: a riguardo cfr. Trib. Milano, 3 marzo 2021, cit., 14 ss.

⁹⁴ V. infatti. PEZZI E., D.lgs. n. 231/2001: la vexata quaestio dell'idoneità ed efficacia dei MOG fra prospettive di riforma e fonti delle regole cautelari, cit., 16, che rileva come il MOG di cui all'art. 30 del TUSL possa essere inserito nella parte speciale del MOGC *ex* d.lgs. n. 231/2001 secondo «un vero e proprio rapporto di continenza».

⁹⁵ PASCUCCI P., Salute e sicurezza sul lavoro, responsabilità degli enti, modelli organizzativi e gestionali, in RGL, 2021, I, 548; sui modelli organizzativi *ex* art. 30 del TUSL, v. anche ZAMPINI G., Sicurezza sul lavoro e modello organizzativo: quali responsabilità per il datore?, in LG, 2018, 2, 121 ss.

ambito della sicurezza, potrebbero guidare l'ente nella costruzione di un MOGC *ex d.lgs. n. 231/2001* di maggiore effettività e solidità anche giudiziaria.

Tra dette indicazioni, ve n'è poi una di particolare interesse, ed è quella che attiene alla c.d. prevenzione partecipata. Si tratta di un principio cardine del nuovo standard ISO 45001:2018, il quale include, tra i fattori di successo del sistema gestionale (Sgsl) proposto, proprio la consultazione, nonché la partecipazione attiva dei lavoratori e dei loro rappresentanti a tutti i livelli, in particolare, nello «sviluppo, pianificazione, attuazione, valutazione delle prestazioni e delle azioni per il miglioramento del Sgsl»⁹⁶.

Benchè tale spiccata sensibilità verso le istanze partecipative dei lavoratori sia il diretto precipitato della centralità di tali soggetti nel sistema di protezione della salute e sicurezza in azienda, non è affatto escluso che il processo di autonormazione sotteso alla *compliance* 231 possa più in generale beneficiare di un coinvolgimento dei prestatori. Ciò è vero anzitutto sul piano della loro partecipazione collettiva, che il legislatore ha in verità posto un po' in ombra, tratteggiandola come esterna, ancillare e “di risulta” rispetto a quella interna e centrale del singolo lavoratore nel ruolo di “segnalante” (c.d. *whistleblower*): sicché solo a fronte di discriminazioni perpetrate a danno dell'eventuale *whistleblower* e su indicazione di quest'ultimo, all'organizzazione sindacale sarà consentito intervenire, inoltrando apposita denuncia all'Ispettorato nazionale del lavoro (art. 6, comma 2-*quater*, d.lgs. n. 231/2001).

6.2. Struttura e contenuti di un MOGC “anti-caporalato”.

Data per accolta l'opportunità di orientarsi verso un modello 231 “integrato”, che, a partire dall'art. 603-*bis* c.p., copra tutti i reati previsti dalla normativa di riferimento, diviene prioritario, per la società che intenda adottarlo, farsi carico, anzitutto, della nomina dell'OdV, la cui posizione di autonomia e indipendenza rispetto alla compagine societaria risulta decisiva, come pure appaiono fondamentali i connotati di professionalità dei relativi componenti. Sotto il primo profilo – l'autonomia e l'indipendenza – acquista valenza centrale l'assenza di conflitti di interesse e di relazioni di parentela dei membri dell'organismo con gli organi sociali e il vertice. Sotto il secondo profilo – la professionalità – rilevano, invece, le conoscenze e le competenze specifiche di tali soggetti rispetto all'incarico affidato. Pertanto, ove le caratteristiche aziendali e le relative attività segnalino

⁹⁶ PASCUCCI P., Salute e sicurezza sul lavoro, responsabilità degli enti, modelli organizzativi e gestionali, cit., 545.

possibili illeciti (rilevanti *ex* d.lgs. n. 231/2001) soprattutto sul versante dei rapporti di lavoro nell'impresa, non sarebbe cosa peregrina prospettare l'inclusione all'interno dell'OdV di un esperto nelle materie giuslavoristiche o penalistiche del lavoro, così da evitare che queste ultime finiscano per restare nel dominio dei soli consulenti d'azienda e garantire, al tempo stesso, un monitoraggio costante, da parte dell'Organismo, sull'intera gestione del personale.

Alla nomina dell'OdV dovrà, poi, seguire la predisposizione vera e propria del modello. Su questa strada, il primo passo da compiere sarà quello della individuazione delle "aree sensibili" ai reati-presupposto della responsabilità dell'ente datore, rispetto a cui il modello stesso funziona da esimente.

Si tratta di una attività di vera e propria valutazione dei rischi (c.d. *risk assessment*), che l'ente in parola dovrà compiere con il proposito di eliminare i rischi medesimi alla fonte, se possibile, o quanto meno ridurli al minimo. A tal stregua, una parte importante acquisirà, come è stato rilevato proprio con riguardo al caso Uber, «l'analisi del contesto aziendale attraverso l'esame di tutta la documentazione rilevante – tra cui organigramma, deleghe e procedure aziendali – e la raccolta di informazioni da parte di soggetti in posizione apicale e di dipendenti e funzioni» della società⁹⁷. Altrettanto decisiva sarà la valutazione e l'esame di tutti i contratti in essere all'interno dell'ente, nonché la ricostruzione dei rapporti interni alla compagine societaria, specie in presenza di gruppi di imprese. All'esito di tale analisi, dovrebbero emergere tutte le dianzi citate "aree sensibili" ai reati previsti dalla normativa di riferimento, in specie quello di "caporalato". Allo stesso modo, andranno individuate chiaramente le azioni da compiere, all'interno di ciascuna area, sotto il profilo organizzativo, procedurale e di controllo. In tal senso, assume valenza cruciale la redazione di specifici protocolli, che, nell'ottica dello stesso legislatore, saranno «diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire» (art. 6, comma 2, lett. *b*), d.lgs. n. 231/2001). Si tratta di strumenti concepiti a presidio – tramite *standards* operativi e misure di controllo – delle singole "aree di rischio" e dei relativi processi aziendali coinvolti. Come tali, i protocolli – meglio se previamente testati⁹⁸ – occuperanno la parte speciale del modello 231, mentre a quella generale spetterà illustrare l'impianto complessivo del modello stesso, le sue regole e i principi generali cui s'informa.

⁹⁷ Trib. Milano, Sez. mis. prev., 3 marzo 2021, cit., 9.

⁹⁸ Emblematica, in tal senso, è l'esperienza del MOGC messo a punto proprio nel corso dell'amministrazione giudiziaria di *Uber Italy S.r.l.*, su cui cfr. *amplius* VULCANO M., *La Compliance 231 nelle società sottoposte a misure di prevenzione patrimoniali: il caso Uber*, cit.

Se si guarda, ora, ai profili di un possibile modello “anti-caporalato” (sia pur “integrato”, per i motivi dianzi addotti), ferma restando l’importanza di *focus* relativi ad ambiti trasversali, ma comunque rilevanti al fine di prevenire e contrastare il reato dell’art. 603-*bis* c.p. – si pensi alla contrattualistica in generale o ai rapporti interni alla compagine societaria, specie se “infragrappo” – è sulle aree afferenti ai rapporti di lavoro che bisognerà precipuamente concentrare l’interesse; il che vuol dire, dal punto di vista dei processi aziendali implicati, porre l’attenzione *in primis* alla gestione delle risorse umane.

Su questa strada, un primo ambito d’intervento del modello dovrà essere quello relativo alla instaurazione del rapporto, in altri termini a tutto quanto è riconducibile al processo di selezione/reclutamento e assunzione del personale. Si tratta di un ambito molto delicato, specie quando l’azienda impieghi lavoro subordinato indiretto – in appalto o in somministrazione – ovvero lavoro diretto, ma flessibile, o, ancora, lavoro autonomo.

Per quanto concerne l’impiego di lavoro indiretto, rileva l’adozione, ormai sempre più diffusa all’interno delle aziende, di politiche di *outsourcing*, le quali, in un’ottica prevenzionistica del reato *ex art.* 603-*bis* c.p., andrebbero, in realtà, fortemente ridimensionate o comunque poste sotto stretto controllo⁹⁹. Ciò non solo per le loro possibili implicazioni negative sul versante salariale, come nel caso di appalti e sub-appalti – conseguenza, a propria volta, del “risparmio di spesa” che essi di regola mirano a perseguire¹⁰⁰ – ma anche per gli effetti di frammentazione della figura datoriale e dei relativi rapporti che ne derivano, con possibile incremento dei rischi di sfruttamento della manodopera, specie nel caso di c.d. esternalizzazioni *labour intensive* riguardanti manodopera a bassa qualificazione professionale.

In tal casi, sarà comunque compito dell’ente committente, già in fase di selezione delle aziende appaltatrici e di negoziazione del relativo contratto, avere una precisa visione d’insieme di tali aziende¹⁰¹ e delle loro politiche di governo del personale¹⁰². A tal scopo,

⁹⁹ E infatti v., sempre con riferimento al caso *Uber Italy S.r.l.*, Trib. Milano, Sez. mis. prev., 3 marzo 2021, cit., 10 s., che, citando la relazione dell’amministratore giudiziario, rileva come, a fini prevenzionistici del reato di cui all’art. 603-*bis* c.p., il “Protocollo Rapporto con i Corrieri (Riders)” annoveri, tra i suoi punti salienti, un importante standard operativo «costituito (proprio) dal rapporto diretto tra la Società e i Corrieri».

¹⁰⁰ LOMURNO A., *Il reato di caporalato e il modello organizzativo 231/2001*, 17 giugno 2020, 9, in <https://www.studiolegalesardella.com/blog/il-reato-di-caporalato-e-il-modello-organizzativo-2312001> (consultato il 5.09.2022).

¹⁰¹ CHILOSI M., RICCARDI M., Reato di “caporalato” riflessi sui modelli 231, in AS, 2017, n. 4, 7, <http://www.chilosimartelli.com/media/documenti/0000000322.pdf> (consultato il 5.09.2022).

¹⁰² RAZZANTE R., *Il caso Uber: un «nuovo» caporalato anche per la responsabilità d’impresa*, in RASE, 2020, n. 3, 23, <https://ranierirazzante.it/wp-content/uploads/2020/08/03-2020-Caporalato-RAZZANTE.pdf> (consultato il 5.09.2022).

potrà essere utile, in sede di negoziazione dell'accordo, non solo procedere alla richiesta del Documento unico di regolarità contributiva (DURC), ma anche del modello DM10¹⁰³ "virtuale", nonché comunicare l'esigenza di visualizzare il Documento di Congruità Occupazionale Appalto (DoCOA) relativo all'appaltatore e all'eventuale sub-appaltatore, specie con riguardo ad alcuni settori, come l'edilizia¹⁰⁴.

Analoga importanza potrebbe rivestire la richiesta di standard selettivi dei partner contrattuali che privilegino soggetti possessori di tutta una serie di certificazioni da parte di enti terzi, come quelle afferenti al sistema delle norme ISO 37001:2016 (Sistemi di gestione per la prevenzione della corruzione)¹⁰⁵, UNI/ISO 45001:2018 (Sistemi di gestione per la salute e la sicurezza sul lavoro), o alla nuova disciplina sulla parità di genere (art. 46-*bis* d.lgs. n. 198/2006; UNI/PdR 125:2022 - Linee guida sul sistema di gestione della parità di genere). Resta, poi, ferma la valutazione circa l'opportunità di procedere alla certificazione dello stesso contratto di appalto, avvalendosi dell'istituto di cui al d.lgs. n. 276/2003 (artt. 75 ss.).

Si è, peraltro, ritenuto, in una logica di *compliance 231*, che la richiesta delle certificazioni, nonché di tutta la restante documentazione dianzi citata debba costituire regola applicabile lungo tutta la *supply chain*, a presidio della più generale affidabilità e qualificazione, anche sul versante dei rapporti di lavoro, dell'insieme dei partner commerciali dell'ente, inclusi ad es. i fornitori, per quanto concerne la catena di approvvigionamento aziendale¹⁰⁶.

Quanto, invece, al reclutamento diretto di personale da parte dell'impresa, è stato osservato che «la fase più delicata, quella del colloquio preliminare e della selezione, andrebbe processata in modo tale, ad esempio, che siano più di uno gli esaminatori, e che le proposte siano in qualche modo standardizzate e validate dalla *governance* aziendale»¹⁰⁷. In fase di assunzione, poi, mentre resta fermo il rispetto delle leggi – ad esempio, in materia di permesso di soggiorno per gli stranieri ai sensi del d.lgs. n. 286/1998 o di condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili ai sensi del d.lgs. n. 104/2022 – e dei contratti collettivi, una particolare attenzione andrà riservata alla esatta qualificazione del rapporto di lavoro, se del caso, potendosi (pure qui) avvalere dei procedimenti di certificazione dei relativi contratti,

¹⁰³ CHILOSI M., RICCARDI M., Reato di "caporalato" riflessi sui modelli 231, cit., 6.

¹⁰⁴ Messaggio INPS, 428/2022, su cui v. GAVIOLI F., Operativo il MoCOA: sistema di Monitoraggio Congruità Occupazionale Appalti, in *Il Quotidiano Giuridico*, 17 febbraio 2022, 1 ss.

¹⁰⁵ In tema LOMURNO A., Il reato di caporalato e il modello organizzativo 231/2001, cit., 10.

¹⁰⁶ *Ibidem*, 9.

¹⁰⁷ RAZZANTE R., Il caso Uber: un «nuovo» caporalato anche per la responsabilità d'impresa, cit., 23.

nonché dell’attività di consulenza e assistenza alle parti fornita per l’occasione dalle commissioni all’uopo preposte (art. 81 d.lgs. n. 276/2003).

La questione qualificatoria è, in effetti, cruciale, dalla sua impostazione dipendendo, poi, la corretta gestione dei rapporti di lavoro, su cui l’OdV è chiamato, tra l’altro, a un monitoraggio costante. Per l’Organismo di vigilanza si tratterà soprattutto di verificare che, nel corso dell’esecuzione delle collaborazioni di natura autonoma, vi sia effettiva corrispondenza tra il programma negoziale e la sua successiva attuazione, mentre per quanto concerne i rapporti di lavoro subordinato, ferma l’osservanza delle disposizioni di legge e del codice etico aziendale, andranno presidiati, in fase di svolgimento e, talora, finanche di cessazione del rapporto, gli istituti e i profili di maggior rilievo in relazione al rischio di “caporalato”: retribuzione, orari, turni, riposi settimanali, ferie, eventi protetti, dimensione di genere, salute e sicurezza, benessere organizzativo e non discriminazione, *privacy*. Analoghi presidi dovranno essere pretesi anche nei confronti del personale occupato presso le ditte e società appaltatrici, se è vero che, come ribadito dalla Suprema Corte in tema di infortuni sul lavoro, il committente è responsabile qualora ometta di controllare l’adozione da parte dell’appaltatore o sub-appaltatore delle misure generali di tutela della salute e sicurezza¹⁰⁸.

Stando così le cose, è stato pertanto suggerito che la *compliance 231* contempli l’inserimento anche di clausole di *auditing* nell’ambito degli accordi commerciali con gli appaltatori, i sub-appaltatori, i fornitori, così da consentire al committente – specie in assenza di certificazioni che garantiscano un *audit* periodico ad opera di soggetti terzi¹⁰⁹ – di «verificare direttamente, a mezzo di visite ispettive», l’ottemperanza alla disciplina di legge e di contratto collettivo» di tali soggetti partner, prevedendosi la risoluzione del contratto stipulato in caso di esito negativo del controllo. A monte, sarebbe, in ogni caso, importante focalizzare l’attenzione sui termini economici dell’accordo, considerato che il «fattore

¹⁰⁸ Cass. pen., sez. IV, 18 maggio 2018, n. 22013, in https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=18498:cassazione-penale-sez-4-18-maggio-2018-n-22013-responsabilit%C3%A0-dell-amministratore-delegato-dell-impresa-appaltatrice-per-omesso-controllo-dell-adozione-da-parte-del-sub-appaltatore-delle-misure-di-tutela-di-salute-e-sicurezza&catid=17&Itemid=138 (consultato il 5.09.2022).

¹⁰⁹ Quando, infatti, l’azienda partner è già in possesso di certificazioni, è possibile contare sulla presenza di *audit* collegati al processo certificatorio; sicché, anche per «evitare una eccessiva ingerenza del committente nell’attività dell’appaltatore, a tutela dell’autonomia di quest’ultimo» (CHILOSI M., RICCARDI M., *Reato di “caporalato” riflessi sui modelli 231*, cit., 7), potrà essere sufficiente richiedere l’esibizione della documentazione relativa. Nella costruzione dei modelli organizzativi, bisogna, del resto, sempre tenere a mente l’insegnamento di chi sottolinea l’importanza di «non (...) appesantire il modello (stesso) con l’introduzione di procedure eccessive (...), a forte rischio di effettività»: così VULCANO M., *La Compliance 231 nelle società sottoposte a misure di prevenzione patrimoniali: il caso Uber*, cit., 54.

“prezzo”», il quale «si traduce nell’interesse e nel vantaggio dell’impresa committente rispetto al reato, in termini di “risparmio di spesa”», può «concretamente influire sulle condizioni lavorative del personale impiegato nell’attività» appaltata¹¹⁰.

7. L’effettività dei modelli 231: rilievi conclusivi.

Le riflessioni fin qui condotte testimoniano l’indubbia rilevanza della *compliance* 231 quale strumento di contrasto a fatti criminali che vedono coinvolte le imprese. Ciò è ancor più vero ove lo strumento venga impiegato per prevenire le infiltrazioni mafiose, dunque, in connubio con le nuove e più flessibili misure di bonifica aziendale alternative a quelle ablatorie, messe a punto dal nuovo Codice Antimafia: il controllo giudiziario, ma anche, come visto, l’amministrazione giudiziaria. L’obiettivo è quello di pervenire, tramite una “osmosi”, come visto, tra “microsistemi” diversi, al progressivo consolidamento, a favore di imprese sensibili alle influenze criminali, di modelli terapeutici a carattere preventivo alternativi ai classici strumenti di tipo repressivo. L’approccio è, insomma, di tipo prospettico-cooperativo tra pubblico e privato, con lo Stato impegnato a promuovere, *pro futuro*, l’adozione in via autonoma delle misure di risanamento da parte dell’impresa, invece che a perseguire reati già consumati in una logica puramente retrospettivo-sanzionatoria. Spicca, a riguardo, l’esperienza del tribunale meneghino, probabilmente la punta più avanzata, sul piano giurisprudenziale, nel contrasto alle gravi forme di criminalità economica, esperienza di cui il caso Uber rappresenta un approdo significativo.

Eppure, oltrepassato il traguardo ventennale di vigenza del decreto 231, si sono moltiplicate le accuse di scarsa effettività della *compliance* 231 e altresì le richieste di una sua riconsiderazione¹¹¹. Ferme restando le diverse, possibili ragioni poste alla base di ciò, non è escluso che una parte di esse riposi proprio nel paradigma regolativo di fondo del decreto

¹¹⁰ LO MURNO A., Il reato di caporalato e il modello organizzativo 231/2001, cit., 9 s.

¹¹¹ Cfr. l’indagine svolta dal Dipartimento di Studi giuridici “Cesaria Beccaria”, Sezione di Scienze penalistiche, dell’Università degli Studi di Milano sull’efficacia dei modelli 231 a fini esimenti della responsabilità amministrativa dell’ente, di cui dà conto, a livello giornalistico, NEGRI G., *Decreto 231, adottare i modelli non mette al riparo da sanzioni*, in *Nt+Fisco/Il Sole 24 Ore*, 6 giugno 2022, <https://ntplusfisco.ilssole24ore.com/art/decreto-231-adottare-modelli-non-mette-riparo-sanzioni-AEYGR4dB> (consultato il 5.09.2022). L’indagine, relativa all’applicazione del d.lgs. n. 231 da parte del Tribunale di Milano negli anni 2016-2021, ha potuto concentrarsi su 195 sentenze, di cui 41 condanne, 61 concluse con patteggiamento, 56 assoluzioni, 28 non luogo a procedere, 8 ordinanze relative a questioni di competenza e giurisdizione. I risultati della ricerca hanno rilevato che l’efficacia esimente dei MOGC è stata piuttosto circoscritta, considerato che su 53 società dotate del modello già prima della contestazione da parte del pubblico ministero, solo 23 sono state prosciolte nel merito, mentre le altre sono state comunque colpite da sanzione; sottolinea il problema della problematica tenuta giudiziale dei MOGC anche BONTEMPELLI M., *L’accertamento penale alla prova della nuova prevenzione antimafia*, cit., 3 con richiamo a RUGGERO R. A., *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell’azione contro gli enti*, Giappichelli, Torino, 2018, XIII.

stesso, espressione, a sua volta, di una generale e più recente tendenza alla promozione dell'autonormazione degli enti¹¹². Si tratta, come appena accennato, di un paradigma che vede l'ordinamento giuridico impegnato a sviluppare percorsi virtuosi di legalità e sostenibilità dell'agire economico, sollecitando, secondo un approccio c.d. *carrot and stick*¹¹³, la *self-regulation* dei soggetti collettivi: in altri termini, la messa a punto di un adeguato assetto organizzativo da parte dei medesimi¹¹⁴, con una proceduralizzazione trasparente dei processi decisionali a livello aziendale, tale da assicurare un certo controllo delle esternalità negative, se non addirittura idonea a orientare l'impresa verso l'utile sociale, *alias* la tutela dell'ambiente, della salute e della sicurezza, dei diritti umani, con ogni vantaggio sul piano reputazionale e del marketing d'azienda. È un approccio, questo, tutto sommato coerente anche con quella tesi che postula una tendenziale transizione dell'impresa dal classico modello dominato dalla primazia degli *shareholders* ad un paradigma ispirato, piuttosto, ad una *governance* societaria sostenibile, funzionale alla cura degli interessi degli *stakeholders*¹¹⁵.

Siamo al cospetto, tuttavia, di visioni quantomeno ottimistiche o, comunque, in sé poco credibili: da un lato, i modelli organizzativi e gestionali promettono troppo poco rispetto a quanto pretendono¹¹⁶ e le convenienze reputazionali riescono solo relativamente allettanti;

¹¹² Tra i tanti, v. BARON L., *Ripensare lo statuto dell'ente cooperante: alcune osservazioni in prospettiva ante e post delictum*, in *dis CRIMEN*, 26 aprile 2021, <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Baron-Ripensare-lo-statuto-dellente.pdf> (consultato il 5.09.2022); PALAVERA R., *Pluralità e autonormazione nel d.lgs. n. 231/01. Muovendo dal proprium degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti*, in *AP*, 2022, n. 2, 11 ss., <https://archiviopenale.it/File/Download.Articolo?codice=030d83b0-9d2a-449c-ba33-7cf9f1ea0a27&idarticolo=35353> (consultato il 5.09.2022) e ivi per i copiosi riferimenti alla dottrina, tra cui, in *primis*, BIANCHI D., *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità*, Giappichelli, Torino, 2022.

¹¹³ Cfr. amplius TORRE V., *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale. Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale*, Bononia University Press, Bologna, 2013, 152 ss., https://buponline.com/az13zg/uploads/woocommerce_uploads/cicu-266-torre_stampa-digital.pdf (consultato il 5.09.2022).

¹¹⁴ In ordine all'obbligo per l'impresa di darsi un «assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa», v. ora il nuovo art. 2086 c.c., su cui cfr. TULLINI P., *Assetti organizzativi dell'impresa e poteri datoriali. La riforma dell'art. 2086 c.c.: una prima lettura*, in *RIDL*, 2020, I, 135 ss.

¹¹⁵ SCHWAB K., VANHAM P. (WITH), *Stakeholder Capitalism: A Global Economy That Works for Progress, People and Planet*, Wiley, 2021; nel panorama italiano, ma in una prospettiva giuslavoristica e criticamente, v., da ultimo, TULLINI P., *La responsabilità dell'impresa*, in *LD*, 2022, n. 2, 362, con richiamo ad ALPA G., *Responsabilità degli amministratori di società e principio di «sostenibilità»*, in *CI*, 2021, 721 ss.; in tema, sempre in ambito giuslavoristico, SPEZIALE V., *L'impresa sostenibile*, in *RGL*, 2021, I, 494 ss.; CAGNIN V., *Diritto del lavoro e sviluppo sostenibile*, Wolters Kluwer – Cedam, Milano, 2018; PERULLI A., *La responsabilità sociale dell'impresa: verso un nuovo paradigma della regolazione?*, in PERULLI A. (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa: idee e prassi*, Il Mulino, Bologna, 2013, 13 ss.; in ambito societario, MUCCIARELLI F., *Perseguire un diritto societario “sostenibile”: un obiettivo sincero?*, in *RGL*, 2021, I, 520 ss.; MALBERTI C., *L'environmental, social and corporate governance nel diritto societario italiano: svolta epocale o colpo di coda?*, in *GDLRI*, 2020, n. 168, 4, 661 ss.; sul versante aziendalistico, MIO C., *L'azienda sostenibile*, Laterza, Bari, 2021.

¹¹⁶ In ottica aziendale, si tratta, infatti, di modelli la cui adozione ed efficace attuazione comporta esborsi economici non irrilevanti, a fronte, però, di una non sufficiente garanzia di tenuta in sede di loro valutazione giudiziaria: PEZZI E., *D.lgs. n. 231/2001: la vexata quaestio dell'idoneità ed efficacia dei MOG fra prospettive di riforma e fonti delle regole cautelari*, cit., 3 s.

dall'altro, l'idea di un'impresa che converga più o meno autonomamente verso obiettivi di sostenibilità, in assenza di effettivi contrappesi interni ed esterni, capaci di bilanciarne il potere unilaterale, si scontra con la dura realtà di un capitalismo predatorio¹¹⁷ sempre più forte e in progressiva ascesa a livello transnazionale, capace di condizionare governi¹¹⁸ e di saccheggiare risorse pubbliche.

In questo contesto, v'è da chiedersi quale possa essere la reale effettività ed efficacia di modelli come quelli di cui al d.lgs. n. 231. L'esperienza pionieristica del tribunale meneghino, sviluppatasi da ultimo attorno al caso *Uber Italy S.r.l.*, è emblematica a riguardo. Se, da un lato, la decisione di porre la società in amministrazione giudiziaria ha consentito ad amministratori e coadiutori di mettere a punto un modello organizzativo innovativo ed ambizioso, dall'altro, non ha permesso comunque di aggredire quei centri di potere interni alla "galassia" *Uber*, cui è, in effetti, ascrivibile la responsabilità di politiche volutamente orientate alla massima svalutazione del valore del lavoro fino al rischio dello sfruttamento. Piuttosto, la ricostruzione della posizione di *Uber Italy S.r.l.* quale soggetto terzo, meramente funzionale agli interessi criminali altrui, invece che di soggetto nel cui interesse l'attività criminale (anche) si compie, ha richiesto che i magistrati sorvolassero poi sul meccanismo interpositorio sotteso al "contratto di prestazione tecnologica" tra *Uber* e le *fleet partners*, unica via, questa, infatti, per poter ravvisare in capo a *Uber* una condotta meramente "agevolatrice" del reato di cui all'art. 603-bis c.p. e disporre così l'amministrazione giudiziaria. Ne è derivato, in positivo, un modello organizzativo nettamente orientato a scongiurare l'affidamento del servizio di *food delivery* a società terze, anche per il futuro, ma, in negativo, una riconferma a tutto campo dello schema qualificatorio del lavoro autonomo, che, se non finisce per inficiare l'idoneità prevenzionale del modello stesso rispetto al reato dell'art. 603-bis c.p., quantomeno ne stempera in parte la (pur) dichiarata valenza di *best practice* per l'intero settore, specie dopo la svolta "etica" di alcune piattaforme concorrenti¹¹⁹,

¹¹⁷ In tema v. l'intervista a Kees Van der Pijl, professore di relazioni internazionali all'Università del Sussex, in FAZI T., *Il capitalismo predatorio: un rischio per l'Europa*, in *Sbilanciamoci*, 2014, <https://sbilanciamoci.info/content/pdf/26419> (consultato il 5.09.2022); COMITO V., *Uber, il lavoro, gli algoritmi, il nuovo capitalismo*, in *Sbilanciamoci*, 10 marzo 2021, <https://sbilanciamoci.info/uber-il-lavoro-gli-algoritmi-il-nuovo-capitalismo/> (consultato il 5.09.2022).

¹¹⁸ In tal senso sono significative le evidenze scaturite, proprio a proposito delle strategie di *Uber*, dall'inchiesta *The Uber files*, condotta dall'*International Consortium of Investigative Journalist* (ICIJ): <https://www.icij.org/investigations/uber-files/> (consultato il 5.09.2022).

¹¹⁹ È ipotizzabile, invece, che il MOGC in questione possa ampiamente fungere da "buona prassi" nell'ambito delle aziende associate ad *Assodelivery*, considerato l'impegno delle stesse a dotarsi di appositi modelli 231, secondo quanto previsto dall'art. 2 del "Protocollo quadro sperimentale per la legalità contro il caporalato, l'intermediazione illecita e lo sfruttamento lavorativo nel settore del food delivery", 24 marzo 2021, in <https://web.uniroma1.it/deap/sites/default/files/allegati/protocollo-quadro-sperimentale-per-la-legalita%C3%A0->

indirizzatesi verso l’impiego di vero e proprio lavoro subordinato¹²⁰, sull’onda degli orientamenti giurisprudenziali dominanti¹²¹ e delle problematiche vicende del CCNL *Assodelivery-Ugl*.

[contro-il-caporalato-li-intermediazione-illecita-e-lo-sfruttamento-lavorativo-nel-settore-del-food-delivery.pdf](#) (consultato il 5.09.2022); il protocollo, siglato da *Assodelivery* con i sindacati confederali, contiene importanti previsioni, tra cui la messa a punto di un albo nazionale, o di altro registro di simile natura, di società di intermediazione autorizzate ad operare per conto delle piattaforme, in attesa di un intervento a riguardo da parte ministeriale e altresì la costituzione di un organismo nazionale di garanzia deputato a vigilare sulle dinamiche lavorative dei *riders* con il potere di segnalare rischi di intermediazione abusiva alla Procura della Repubblica.

¹²⁰ INGRAO A., Le parti e la natura dell’accordo di secondo livello che disciplina la “subordinazione adattata” dei ciclo-fattorini Just Eat – Takeaway.com Express Italy, in *LLI*, 2021, n. 1, file://C:/Users/utente/Downloads/13186-Articolo-47773-1-10-20210628.pdf (consultato il 5.09.2022).

¹²¹ Specie a partire da Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663, in <https://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2020/03/Cassazione-1663-2020-riders.pdf> (consultato il 5.09.2022).

CAPORALATO E RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI

Ludovico Bin

Ricercatore di diritto penale presso l'Università del Salento

SOMMARIO: 1. Il caporalato: un fenomeno a lungo in cerca di una definizione legislativa. – 2. I problemi derivanti dalla prima versione dell'art. 603-*bis* c.p. – 3. Il *restyling* della fattispecie e l'introduzione della responsabilità amministrativa da reato degli enti. – 4. Le ricadute sul rischio para-penale dell'impresa.

1. Il caporalato: un fenomeno a lungo in cerca di una definizione legislativa.

Quando si parla di “caporalato” si utilizza in realtà un termine atecnico nel linguaggio giuridico, anche penalistico, in quanto privo di espliciti riferimenti di diritto positivo. Con esso ci si riferisce infatti a un fenomeno che fino a tempi recentissimi non è stato oggetto di specifica regolamentazione penale. E quando è stato regolato, quel termine non è stato impiegato. L'art. 603-*bis* c.p., di recente introduzione, è infatti rubricato “*intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro*”; né all'interno di tale fattispecie figura mai il termine “caporale” o “caporalato”.

Ciò premesso, il reato in questione si pone come l'argine apprestato dal legislatore contro il caporalato; ma presenta non pochi profili problematici. Come palesato dalla rubrica infatti, esso nasce sostanzialmente per potenziare la disciplina, strettamente lavoristica, in materia di somministrazione ed intermediazione illecite di lavoro; nasce cioè come apparato “ulteriormente” sanzionatorio rispetto a violazioni del monopolio pubblico sul mercato del lavoro, un apparato che sino al 2011 era costituito per lo più da illeciti contravvenzionali puniti con l'arresto o con l'ammenda e largamente ineffettivi¹²², del tutto incapaci già di arginare il fenomeno dell'intermediazione privata¹²³.

¹²² Cfr. la Relazione III/11/2011 dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione (5 settembre 2011). Vi attribuisce un ruolo d'incentivazione al caporalato SCARCELLA A., *Il reato di “caporalato” entra nel codice penale*, in *DPP*, 2011, n. 10, 1187.

¹²³ L'intermediazione privata non autorizzata fu originariamente disciplinata dalla l. n. 264/1949. Con la l. n. 1369/1960 fu sanzionato il cd. appalto fittizio di manodopera, mentre il d.l. n. 7/1970 introdusse una disciplina analoga per la mediazione abusiva nel settore agricolo. Sebbene dunque sullo sfondo si agitasse pur sempre la tutela del lavoratore (cfr. SILVA C., *Sanzioni penali*, in Brollo M., Cester C., Menghini L. (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, EUT, Trieste, 2016, 471; GABOARDI A., *La riforma della normativa in materia di “caporalato” e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in *LP*, 3 aprile 2017, 27 s.), l'angolo visuale era di stampo marcatamente pubblicistico: le condizioni di lavoro erano prive di alcun

Prima dell'introduzione del reato in parola, nel tentativo di assicurare adeguata punizione rispetto ai (pochi) casi di sfruttamento grave emersi a livello giudiziale, la giurisprudenza aveva dunque dovuto "stiracchiare" le diverse norme penali già esistenti, ma non specificamente disegnate per colpire tale fenomeno: dalla violenza privata (art. 610 c.p.), all'estorsione (art. 628 c.p.), utilizzata ad es. nei casi in cui il lavoratore era obbligato a restituire parte dello stipendio al caporale o al datore di lavoro), fino ai maltrattamenti (art. 572 c.p.)¹²⁴. Si trattava però, evidentemente, di soluzioni insoddisfacenti, sia dal punto di vista del carico sanzionatorio che del raggio applicativo. Più adeguata, sotto entrambi i punti di vista, appariva invece la fattispecie di riduzione o mantenimento in stato di schiavitù o servitù, prevista dall'art. 600 c.p. Essa, tuttavia, risultava spesso difficile da provare in giudizio, in quanto caratterizzata da elementi per la cui prova era necessario disporre di testimonianze dirette da parte delle vittime, che erano invece del tutto restie a renderle, per paura di perdere il lavoro, essere espulse (se irregolari) o subire ritorsioni.

Era dunque sorto il dubbio circa l'esistenza di uno spazio vuoto, di una vera e propria lacuna¹²⁵, per quei casi di sfruttamento che non costituivano mere irregolarità nell'assunzione di forza lavoro né risultavano inquadrabili in un semplice episodio estorsivo, ma nemmeno possedessero gli stringenti requisiti per l'applicazione dell'art. 600 c.p.

rilievo, mediatore ed utilizzatore erano egualmente colpevoli (in quanto egualmente "trasgressori"), le pene erano per lo più pecuniarie. Nemmeno la legge Biagi (l. n. 30/2003), pur modificando profondamente il mercato del lavoro ed eliminando il divieto assoluto di intermediazione privata – sino a quel momento in vigore, ma ormai contrario alle politiche europee – mutò il quadro sanzionatorio, ma si limitò a una mera ricollocazione delle fattispecie previgenti, con modestissime novità.

¹²⁴ Per una rapida rassegna di tale giurisprudenza cfr. GENOVESE D., *Nessuno più al mondo deve essere sfruttato: nuovi strumenti per una vecchia utopia*, in LP, 22 marzo 2018, 16 ss.; in relazione all'estorsione v. anche GORI F., *La nuova legge sul grave sfruttamento lavorativo nell'ambito della normativa di contrasto al lavoro sommerso*, in AUP, 2017, n. 2, 22 ss.

¹²⁵ Così ad es. Cass. 4 febbraio 2014, n. 14591, in MGL, 2015, n. 5, 352 ss., con nota di BASSOTTI M., *Sul reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: primi chiarimenti*. Sottolinea il paradosso di una tutela fluttuante tra gli estremi della *bagatellizzazione* e del *gigantismo* penale FIORE S., *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, ESI, Napoli, 2014, 874 s.; in senso analogo SCARCELLA A., *Il reato di "caporalato" entra nel codice penale*, in DPP, 2011, n. 10, 1188; BRICCHETTI R., PISTORELLI L., *"Caporalato": per il nuovo reato pene fino a 8 anni*, in GD, 2011, n. 35, 49; BACCHINI F., *Il nuovo reato di cui all'art. 603-bis c.p.: intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera*, in IP, 2011, n. 2, 651; SCORZA E., *Le novità rilevanti per il diritto penale nelle recenti manovre "anti-crisi"*, in LP, 2012, n. 1, 12; MOTTA C., *Sulla disciplina di contrasto al grave sfruttamento lavorativo e alla intermediazione illecita nel lavoro: profili storici e interventi di riforma*, in D.Agr. 2017, n. 1, 65; PIERDONATI M., *Appunti in tema di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in GP, 2017, nn. 8-9, II, 500; MISCIONE M., *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, in LG, 2017, 114.

Solo nel 2011, a fronte di tragiche notizie di cronaca estiva nella campagne del Sud Italia¹²⁶, il legislatore, distandosi dal suo tradizionale torpore, si è finalmente accorto delle reali dimensioni criminose del caporalato: alla vecchia semplice intermediazione privata nel mercato del lavoro nel mercato del lavoro agricolo, si era infatti nel tempo sostituito un fenomeno di sfruttamento su larga scala che coinvolge centinaia di migliaia di lavoratori all'anno, che è sistemico e costante in alcune zone geografiche come la Puglia, ma presente anche in aree più insospettabili come l'Emilia Romagna, e che è strettamente imparentato con la tratta di esseri umani e la criminalità organizzata, anche mafiosa.

2. I problemi derivanti dalla prima versione dell'art. 603-bis c.p.

Il nuovo reato, introdotto appunto nel 2011¹²⁷ per contrastare il caporalato, mirava a punire chiunque avesse posto in essere un'attività di intermediazione necessariamente *organizzata*, consistente nel reclutamento di manodopera o nell'organizzazione del lavoro, se il lavoro fosse stato caratterizzato da condizioni di sfruttamento, la condotta da violenza, minaccia o intimidazione, e il tutto dall' approfittamento dello stato di bisogno della vittima.

La novella portava addosso i segni del suo tempo: figlia della decretazione d'urgenza, strutturata così male da essere definita “esempio di insipienza”¹²⁸, essa presentava gli evidenti tratti della legislazione non solo emergenziale ma anche simbolica¹²⁹.

Tra i numerosi profili problematici della disposizione, risultava anzitutto incomprensibile l'assenza di criminalizzazione per il datore di lavoro beneficiario dell'attività dei caporali, per la punizione del quale si sarebbero rese necessarie poco agevoli

¹²⁶ Sottolineano l'importanza delle pressioni mediatiche nella genesi della norma SILVA C., *Sanzioni penali*, cit., 486; LOMBARDO M., *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg. VII, Utet, Torino 2013, 360; DE MARTINO C., LOZITO M., SCHIUMA D., *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in *LeD*, 2016, n. 2, 318; TORDINI CAGLI S., *La controversa relazione della sanzione penale con il diritto del lavoro, tra ineffettività, depenalizzazione e istanze populiste*, *ivi*, 2017, nn. 3-4, 620; GIANFROTTA F., *Intermediazione e sfruttamento del lavoro: luci e ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l'approvazione della legge n. 199/2016*, in *www.questionegiustizia.it*, 1° marzo 2017, § 4; DI GIUSEPPE M. O., *Una legiferazione inutile in tema di contrasto allo sfruttamento del lavoro*, in *CD*, 2018, n. 2, 137 s.

¹²⁷ Con il d.l. n. 148/2011.

¹²⁸ Così DI MARTINO A., “*Caporalato*” e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata, in *DPC*, 2015, n. 2, 113; dure anche le reprimende, soprattutto in punto di determinatezza, di LO MONTE E., *Osservazioni sull'art. 603-bis cp. di contrasto al caporalato: ancora una fattispecie enigmatica*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, ESI, Napoli, 2014, 953. Descrive la formulazione «frettolosa e lacunosa, con conseguenti incoerenze, imperfezioni e criticità» SILVA C., *Sanzioni penali*, cit., 488; assai critico anche PADOVANI T., *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *GD*, 2016, n. 48, 48 ss.

¹²⁹ Cfr., per tutti, LO MONTE E., *Osservazioni sull'art. 603-bis*, cit., 957; TORDINI CAGLI S., *La controversa relazione*, cit., 624.

acrobazie in materia di concorso di persone¹³⁰, cioè soprattutto la prova del previo accordo con il caporale¹³¹; e ciò nonostante il fatto che la legislazione lavoristica in materia di intermediazione avesse sempre previsto la punizione anche di tale soggetto¹³².

Ma soprattutto, la previsione di violenza, minaccia o intimidazione come modalità della condotta tipica (gli stessi elementi caratterizzanti la condotta di riduzione in schiavitù di cui all'art. 600 c.p.), così come la necessità che l'attività fosse "organizzata", ponevano rilevanti difficoltà probatorie e rendevano comunque troppo restrittiva la fattispecie: anzi, il fenomeno descritto dalla norma risultava del tutto diverso rispetto a quello statisticamente più frequente, in cui il lavoratore non è sottoposto direttamente a violenza o minaccia, perché è lo stato di bisogno in cui versa a spingerlo ad accettare le condizioni di sfruttamento. Al caporale generalmente non serve un esercizio para-coercitivo della forza per convincere il lavoratore a prestare l'attività in condizioni di sfruttamento: è lo stesso lavoratore che, mosso dalla disperazione, si offre volontariamente e addirittura spera di essere "assunto".

Centrale, nell'economia della fattispecie, risultava invece il concetto di "sfruttamento". L'approfittamento dello stato di bisogno o necessità del lavoratore risultava infatti in sostanza privo di reale capacità selettiva, posto che sarebbe bastato dimostrare che i lavoratori avevano accettato condizioni di sfruttamento per dedurne che si trovavano in un simile stato¹³³. Per definire il concetto di sfruttamento, il legislatore aveva dunque introdotto, secondo una tecnica normativa inedita nel diritto penale italiano, degli specifici "indici", inseriti al comma 2: reiterata corresponsione di retribuzioni palesemente difformi (dai contratti collettivi nazionali o territoriali) o sproporzionati; reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro; sistematiche violazioni delle norme in materia di

¹³⁰ Per un'illustrazione dei problemi connessi all'utilizzo degli artt. 110 ss. c.p. cfr. DI MARTINO A., *"Caporalato" e repressione penale*, cit., 110 e 118 s. Per una disamina di ulteriori problemi sotto il profilo della qualificazione giuridica lavoristica cfr. GORI F., *La nuova legge*, cit., 27 s.

¹³¹ Cfr. BRAMBILLA P., "Caporalato tradizionale" e "nuovo caporalato": recenti riforme a contrasto del fenomeno, in RTDPE, 2017, nn. 1-2, cit., 198 s.

¹³² Cfr. TORDINI CAGLI S., Profili penali del collocamento della manodopera. Dalla intermediazione illecita all'"intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro", in IP, 2017, n. 3, 749.

¹³³ Come nota infatti PADOVANI T., *Un nuovo intervento*, cit., 50, l'approfittamento dello stato di bisogno potrebbe teoricamente ravvisarsi sempre ed automaticamente ogni qualvolta il lavoratore accetti una condizione al di sotto dello *standard* perché mosso dal semplice bisogno di accettare il lavoro. In senso analogo anche DE RUBEIS A., *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in DPC, 2017, n. 4, 229; SCHIUMA D., *Il caporalato in agricoltura, tra modelli nazionali e nuovo approccio europeo per la protezione dei lavoratori immigrati*, in RD Agr, 2015, n. 1, 87; LEPERA M., *Il nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro e il problema della rilevanza della punibilità di condotte occasionali*, in RP, 2017, n. 11, 946.

sicurezza sul lavoro; sottoposizione dei lavoratori a condizioni (di lavoro, di sorveglianza o alloggiative) degradanti.

Agli squilibri legati alla formulazione della fattispecie tipica si affiancavano evidenti lacune sul piano sanzionatorio: erano infatti sorprendentemente state tralasciate tanto la responsabilità degli enti *ex d. lgs. 231/2001* quanto la confisca (quest'ultima prevista dalla legislazione lavoristica sin dagli anni '80 quantomeno per il mezzo di trasporto eventualmente utilizzato in caso di intermediazione privata illecita).

Risultava infine difficile comprendere la reale portata offensiva dei fatti descritti dalla fattispecie. Visti gli elementi costitutivi, la collocazione sistematica tra i delitti contro la libertà individuale, subito dopo i reati di schiavitù e tratta, e la pena edittale della reclusione da cinque a otto anni, la formulazione del 2011 sembrava descrivere un “delitto gigante”¹³⁴, una fattispecie da applicarsi a macro-violazioni, «*assiologicamente omologa [alla] fattispecie di schiavitù*»¹³⁵. Già dalla rubrica traspariva però una certa vocazione “regolatoria”¹³⁶, allorché si affiancava ad un *nomen* significativo come lo “sfruttamento di lavoro” il riferimento alla “intermediazione illecita”, condotta questa dalla portata semantica espressiva di un disvalore assai diverso, con una “storia” propria intimamente connessa alla tutela di normative di controllo del mercato del lavoro lambite dal diritto penale solo per ragioni di potenziamento sanzionatorio, costituente quindi un illecito artificiale, dalla natura ora amministrativa ora contravvenzionale. Questo accostamento tradiva dunque una certa sovrapposizione di piani da parte del legislatore; e la sensazione poteva dirsi confermata da altri fattori, come la pena della multa da 1.000 a 2.000 euro per lavoratore “gestito”, una pena “a cottimo”, più vicina alla logica delle sanzioni amministrative che non a quella delle sanzioni penali¹³⁷.

A dimostrazione delle critiche, il fiasco totale della disposizione sul piano dell'effettività, anch'esso denunciato dalla dottrina¹³⁸: dopo cinque anni dall'entrata in vigore della norma,

¹³⁴ O almeno rischia(va) di trasformarlo in tale, secondo MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale I - Delitti contro la persona*, Cedam, Padova, 2013, 300.

¹³⁵ DI MARTINO A., “Caporalato” e repressione penale, cit., 111.

¹³⁶ Cfr. DI MARTINO A., “Caporalato” e repressione penale, cit., 107; FIORE S., (*Dignità degli Uomini*), cit., 878.

¹³⁷ Nota profili di incostituzionalità dovuti all'impossibilità di commisurare la pena TORDINI CAGLI S., *Profili penali del collocamento*, cit., 736 s.

¹³⁸ Segnalavano la pressoché totale ineffettività della norma in esame DI MARTINO A., “Caporalato” e repressione penale, cit., 113; GAROFALO D., *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, in *RDSS*, 2018, n. 2, 230 s.; ROTOLO G., *Dignità del lavoratore e controllo penale del “caporalato”*, in *DPC*, 2018, n. 6, 813.

si contavano solo 34 iscrizioni presso gli uffici gip dei Tribunali nazionali e soltanto 8 processi pendenti in fase dibattimentale¹³⁹.

3. Il *restyling* della fattispecie e l'introduzione della responsabilità amministrativa da reato degli enti.

Vista la scarsa applicazione dell'art. 603-*bis* c.p. e le profonde critiche emerse in dottrina riguardo alla sua formulazione, il legislatore è intervenuto nuovamente a distanza di pochi anni sulla disposizione (già nel 2016)¹⁴⁰, riscrivendone buona parte per tentare di risolvere le principali criticità che ne avevano determinato la sostanziale inapplicabilità.

Innanzitutto, il nuovo volto del reato di cui all'art. 603-*bis* prevede oggi una fattispecie *ad hoc* per il datore di lavoro: accanto al fatto di chi recluta la manodopera, infatti, è adesso punibile anche chi la utilizza, assume o impiega. La riformulazione della fattispecie generalmente integrata dal caporale – «chiunque recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi» – invece, pone ora la sottoposizione del lavoratore a condizioni di sfruttamento tramite approfittamento dello stato di bisogno non più come elemento costitutivo, ma sul piano del dolo specifico. Ciò significa che non sarà necessario provare l'effettivo inizio dell'attività lavorativa per poter contestare il reato nella forma consumata, essendo sufficiente che l'agente ponga in essere la mera attività di reclutamento (se la "destinazione" dei reclutati è verso condizioni di sfruttamento).

In secondo luogo, è stato eliminato il requisito dell'organizzazione dell'attività, potendosi così applicare la fattispecie anche a episodi isolati o comunque svincolare la prova del fatto dall'accertamento dell'esistenza di una compagine criminale stabile. Sempre allo scopo di alleggerire i presupposti applicativi, è stato eliminato anche il riferimento allo stato di necessità del lavoratore, che era comunque alternativo allo stato di bisogno, ancora presente. Ma soprattutto, violenza e minaccia sono transitate dal ruolo di elementi costitutivi del tipo – dunque di necessaria presenza per l'applicazione della sanzione – ad elementi costitutivi di una circostanza aggravante (mentre è stato eliminato il riferimento

¹³⁹ Cfr. FERRANTI D., La legge n.199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore, in www.penalecontemporaneo.it, 15 novembre 2016, 1. Per un'analisi delle pochissime sentenze che hanno lambito la disposizione prima della riforma cfr. DE MARZO G., Le modifiche alla disciplina penalistica in tema di caporalato, in FI, 2016, n. 11, V, 377 s. Ma naturalmente, lo scarso numero di procedimenti penali non era dovuto solo al fatto che la norma fosse di difficile applicazione, bensì ma anche all'assenza di meccanismo per favorire l'emersione del fenomeno: v. in questo senso PIVA D., I limiti dell'intervento penale sul caporalato come "sistema" (e non "condotta") di produzione: brevi note a margine della legge n. 199/2016, in AP, 2017, n. 1, 184 s.; LO MONTE E., Lo sfruttamento dell'immigrato clandestino: tra l'incudine (dello stato) e il martello (del caporalato), in CD, 2011, nn. 1-2, 66.

¹⁴⁰ Con la l. n. 199/2016.

all'intimidazione). In conseguenza di tali modifiche, è stato ridotto il carico sanzionatorio per la fattispecie base, che oggi merita al reo la pena della reclusione da uno a sei anni.

Vista l'eliminazione e attenuazione dei requisiti cui si è appena accennato, il disvalore complessivo del fatto risulta ancor più appiattito sui due cumulativi¹⁴¹ elementi dello *sfruttamento* e dell'*approfittamento dello stato di bisogno*. Poiché tuttavia questo secondo elemento, come già si è notato, sembra destinato a risolversi *in re ipsa* – mentre non soddisfacente sembrerebbe l'estensione dei rilievi compiuti dalla giurisprudenza in relazione all'omologo requisito previsto dall'usura aggravata (art. 644, comma, 5, n. 3)¹⁴² – il ruolo centrale spetta evidentemente al primo, il cui contenuto deve essere valutato utilizzando i menzionati indici elencati (dopo la riforma) al comma 3. Decisivo appare dunque anche l'intervento di *lifting* volto a snellire proprio tali indici.

In breve, l'indice relativo alla retribuzione e quello relativo all'orario di lavoro non richiedono più che le violazioni siano sistematiche, bastandone invece una mera reiterazione delle violazioni, che per giurisprudenza costante significa almeno due violazioni. L'espunzione del termine “particolarmente”, riferito alla condizione di degrado degli alloggi eventualmente forniti (o imposti) ai lavoratori, ha invece diminuito l'intensità minima richiesta per l'integrazione del quarto indice: una modifica di rilevanza non particolare ma comunque espressiva della *voluntas legis*, evidentemente orientata a “sgrassare” i presupposti applicativi della fattispecie. Quel che più qui rileva, tuttavia, e sul punto si tornerà a breve, è l'intervento sul terzo indice, relativo alle violazioni in materia di sicurezza sul lavoro, rispetto alle quali non è più richiesto che siano tali «da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale». Per il momento, basti notare come, in definitiva, la novella abbia diminuito la “intensità” degli indici, posizionando l'elemento che li compendia – lo sfruttamento – al centro della fattispecie in parola.

Tutto ciò ha rilievo decisivo per l'impresa perché, a copertura delle sorprendenti lacune sanzionatorie che avevano caratterizzato la prima disciplina, non solo è stata introdotta la

¹⁴¹ Che siano tali è indiscusso, nonostante l'inelegante disparità di formulazione nei due numeri (congiunti da “ed” nel secondo numero, separati da una virgola nel primo): cfr. sul punto GAROFALO D., *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento*, cit., 236.

¹⁴² Cfr. TORRE V., *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *GDLRI*, 2018, n. 158, 295. Critica il trapianto del concetto di “stato di bisogno” dall'usura all'art. 603-*bis* in quanto ne deriverebbe un'inaccettabile soggettivizzazione DE RUBEIS A., *Qualche breve considerazione*, cit., 228 s.: v. anche DI GIUSEPPE M. O., *Una legiferazione inutile in tema di contrasto allo sfruttamento del lavoro*, in *CD*, 2018, n. 2, 143 s. Parte della dottrina suggerisce del resto di abbandonare tale dizione in favore del concetto di “vulnerabilità” già adottato sul campo dell'art. 600 c.p.: cfr., oltre all'A. da ultimo citata, GIANFROTTA F., *Intermediazione e sfruttamento*, cit., § 7, e GAROFALO D., *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento*, cit., 238.

confisca, in ogni sua forma (art. 603-bis.2 c.p.), ma è stato anche aggiornato il catalogo dei reati presupposto per l'applicazione del d.lgs. 231/2001, in cui oggi figura l'art. 603-bis c.p. L'art. 25-*quinqüies* del menzionato decreto prevede infatti una sanzione da 400 a 1000 quote, cioè una sanzione che arriva sino al massimo edittale previsto nell'ambito di tale sistema di responsabilità; una sanzione che naturalmente può aggiungersi (secondo il meccanismo previsto dall'art. 21) a quella prevista dall'art. 25-*duodecies* nel caso di impiego di stranieri irregolari, e a quella dell'art. 24-*ter* se il fatto è inquadrabile in una associazione criminosa diretta al compimento di reati legati alla tratta. Inoltre, è prevista l'applicazione di una delle misure interdittive previste dall'art. 9 comma 2, per la durata di almeno un anno; e, come prevede l'art. 16, comma 3 (ma l'art. 25-*quinqüies* lo ribadisce), se l'ente o anche solo una sua unità organizzativa è stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione dei reati, è applicabile la famigerata interdizione definitiva, cioè la chiusura forzata dell'impresa.

In definitiva, nonostante alcune critiche¹⁴³, l'esito complessivo dell'intervento chirurgico operato dal legislatore è stato apprezzato dalla gran parte della dottrina, che ritiene ormai superato il problema della scarsa utilizzabilità della norma in esame¹⁴⁴ e ne pronostica addirittura un ruolo di primo piano nelle applicazioni pratiche¹⁴⁵. Ma per quel che riguarda le sorti dell'ente, si impone qualche ulteriore considerazione.

4. Le ricadute sul rischio para-penale dell'impresa.

L'introduzione della responsabilità degli enti risulta infatti già a prima vista un po' contraddittoria rispetto al complessivo intervento del 2016¹⁴⁶. Come si è detto, uno dei problemi principali del caporalato è infatti quello della prova in giudizio, che risulta sicuramente più facile se per integrare il concetto di sfruttamento si ritiene sufficiente la prova di qualche violazione lavoristica, ma spesso abbisogna comunque di prove

¹⁴³ V. infatti, rispetto all'indeterminatezza degli indici, LO MONTE E., *Osservazioni sull'art. 603-bis*, cit., 959; e, anche in relazione a legalità-riserva di legge e colpevolezza TORRE V., *Il diritto penale e la filiera*, cit., 298 ss. Si permetta, inoltre, il rinvio a BIN L., *Problemi "interni" e problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603-bis cp)*, in LP, 10 Marzo 2020.

¹⁴⁴ Cfr. ad es. GENOVESE D., *Nessuno più al mondo deve essere sfruttato*, cit., 11 s.

¹⁴⁵ Così PIERDONATI M., *Appunti in tema di intermediazione illecita*, cit., 499. Sull'importanza della riforma in relazione alle attività di indagine della polizia cfr. PIRRELLI F. R., *Contrasto al lavoro sfruttato. Strumenti processuali e tecniche investigative*, in CD, 2018, n. 2, 60 s.

¹⁴⁶ Come, del resto, alcuni problemi derivano dalla stessa introduzione nel sistema 231 di reati commessi dall'ente illecito, originariamente esclusi dal novero dei reati presupposto, e poi inseriti senza però alcun "adattamento" del sistema: cfr., per tutti, TORRE V., sub *art. 25-quinquies*, in D. Castronuovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri e G. Varraso (a cura di), *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Wolters Kluwer, Milano, 2019, 584 ss.

testimoniali. Per favorire il *whistleblowing*, sia a fini probatori che per accentuare i tassi di emersione del fenomeno, la legge 199/2016 non si è limitata a intervenire sulla disposizione incriminatrice, ma ha previsto una serie di misure apposite, come ad esempio i permessi di soggiorno per i denunciatori, e soprattutto il controllo giudiziario dell'azienda. In breve, si tratta di una misura che il giudice può disporre in luogo del sequestro, allo scopo di mantenere intatti i livelli occupazionali e non far perdere valore all'azienda: una misura dunque diretta a preservare l'azienda, che mal si concilia con le sanzioni interdittive – quelle previste dal d.lgs. 231/2011 – che rischiano invece di mandarla al macero, a prescindere dall'attività dell'amministratore designato dal giudice.

Ma a parte questo, i principali problemi riguardano la genesi della responsabilità dell'ente. In questo senso, di fondamentale importanza appare la modifica al terzo indice: l'eliminazione dell'inciso di cui si è detto comporta infatti che non è più richiesto un concreto accertamento da parte del giudice sul fatto che le violazioni abbiano effettivamente determinato un pericolo per la salute dei lavoratori (c.d. pericolo concreto). Il pericolo è stato infatti degradato in "astratto-presunto", che è il pericolo tipico degli illeciti minori previsti dal d. lgs. 81/2008 (il T.U. sulla sicurezza sul lavoro), rispetto ai quali il giudice è esonerato dal predetto accertamento: basta accertare l'effettiva commissione di violazione, senza dover accertare che ne sia conseguita anche una effettiva messa in pericolo del lavoratore. Parte della dottrina ha dunque segnalato i conseguenti rischi di una simile opzione¹⁴⁷, soprattutto nel caso in cui la funzione sintomatica e di "orientamento probatorio" degli indici fosse scambiata con una vera e propria valenza di elementi costitutivi¹⁴⁸. Al giudice è infatti permesso di applicare la fattispecie in esame anche in presenza di sporadiche violazioni minori, a prescindere non solo dalla presenza di altri

¹⁴⁷ V. soprattutto PADOVANI T., *Un nuovo intervento*, cit., 50.

¹⁴⁸ Che la funzione degli indici sia quella di mero orientamento probatorio sembra del resto difficile dubitare, nonostante una argomentata ricostruzione assegni loro una funzione di tipizzazione indiretta, che avverrebbe non tramite la descrizione dell'elemento ma tramite la predisposizione degli elementi necessari per provarne l'integrazione: così FIORE S., *(Dignità degli) Uomini*, cit., 886 ss.; ID., *La nuova disciplina penale della intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, tra innovazioni e insuperabili limiti*, *DAgr*, 2017, n. 2, 277 ss. Gli indici in parola potrebbero infatti avere un'efficacia tipizzante solo se fossero costruiti in modo più "precettivo", cosicché l'accertamento della loro integrazione non lascerebbe altra soluzione al giudice che ritenere automaticamente integrato lo sfruttamento; la costruzione prescelta, invece, è caratterizzata dall'assenza di vincolatività, poiché anche a fronte dell'integrazione palese di uno o più indici il giudice potrebbe ritenere che non vi sia stato davvero sfruttamento, pena una restrizione del suo libero convincimento che dovrebbe quantomeno essere chiaramente espresso dal legislatore (ad es.: "si ha sfruttamento ogni volta che ricorre una delle seguenti condizioni."); su questo giudizio bifasico (integrazione degli indici/integrazione dello sfruttamento) cfr. *funditus* DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in *AP*, 2018, n. 3, 10 ss.

indici, ma addirittura per omissioni che non hanno nemmeno effettivamente messo in pericolo la salute dei lavoratori¹⁴⁹.

D'altra parte, un'autorevole dottrina ha evidenziato invece i vantaggi della tecnica normativa attraverso gli indici, che permetterebbero una "tipizzazione dinamica" del fatto guidando l'interprete secondo giudizi fondati scientificamente e controllabili (grazie al fatto di essere legislativamente predeterminati), senza precludere ma anzi imponendo un successivo giudizio proprio per stabilire se la loro presenza sia sufficiente per sostanziare lo sfruttamento¹⁵⁰. Questo secondo giudizio separerebbe dunque la mera integrazione di uno o più indici dall'integrazione dello sfruttamento, l'elemento costitutivo principale del reato, con la conseguenza che la fattispecie rimarrebbe inapplicabile se l'integrazione di uno o più indici non dovesse inserirsi in o segnalare un contesto di sfruttamento vero e proprio.

Tuttavia, quale delle due strade seguire spetta non solo al giudice, bensì anche alla pubblica accusa: ed è a tutti noto il costo socioeconomico che l'apertura di un procedimento penale comporta, anche per l'impresa, pur a fronte di una successiva eventuale assoluzione.

A questo proposito, il rischio di procedimenti penali (ed eventuali condanne) a carico dell'ente dovute alla violazione di qualche disposizione antinfortunistica magari nemmeno rischiosa per il lavoratore è acuitizzato dal fatto che l'art. 603-*bis* c.p. contiene al suo interno una clausola di riserva, che rende applicabile tale fattispecie «salvo che il fatto non costituisca più grave reato». Già si è dato conto dell'esistenza di un più grave reato che inquadra proprio i fatti più allarmanti di caporalato, cioè quello previsto dall'art. 600 c.p. Va a questo punto rilevato come tale disposizione non disciplini più soltanto il caso di effettiva riduzione *in vinculis*, o di *reificazione* della persona umana, di esercizio di poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà su di essa. Dai primi anni 2000, per imposizione europea¹⁵¹, l'art. 600 c.p. contiene infatti anche la riduzione in stato di servitù, definita (per quel che qui

¹⁴⁹ Paventa questo scenario anche TORRE V., sub *art. 25-quinquies*, cit., 588. Per ulteriori argomenti contrari all'eliminazione dell'inciso cfr. DE RUBEIS A., *Qualche breve considerazione critica*, cit., 227 ss. Ritiene che esso fosse invece superfluo FIORE S., *La nuova disciplina*, cit., 279; ed addirittura ingannevole FERRANTI D., *La legge n. 199/2016*, cit., 4; dello stesso avviso NAZZARO U., *Misure di contrasto al fenomeno del caporalato: il nuovo art. 603-bis c.p. e l'ardua compatibilità tra le strategie di emersione del lavoro sommerso e le politiche migratorie dell'esclusione*, in CP, 2017, nn. 7-8, 2625.

¹⁵⁰ DI MARTINO A., *Tipicità di contesto*, cit., spec. 5 ss. e 29 ss.

¹⁵¹ La l. n. 228/2003, che ha modificato l'art. 600 c.p., aveva infatti lo scopo di conformare l'ordinamento alla Decisione quadro 2002/629/GAI sulla lotta alla tratta degli esseri umani, poi sostituita dalla Direttiva 2009/52/CE. Ulteriori aggiustamenti sono stati poi apportati dal d. lgs. n. 24/2014, che ha inoltre riformulato in termini più ampi il delitto di tratta di esseri umani (art. 601 c.p.). Per una attenta ricostruzione storico-giuridica di tali disposizioni cfr. SCEVI P., *Nuove schiavitù e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2014, 31 ss.; SUMMERER K., *I delitti di schiavitù e tratta di persone (artt. 600 e 601-602)*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. VIII, Utet, Torino, 2010, 239 ss.

rileva) come sottoposizione della persona a uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative. Lo stato di soggezione, a sua volta, è definito (dal comma 2) come (tra gli altri) approfittamento di una situazione di vulnerabilità, o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi. Una definizione molto simile a quella dell'art. 603-*bis* c.p., se si considera che l'approfittamento di uno stato di vulnerabilità o necessità, necessario per l'applicazione dell'art. 600 c.p., è sostanzialmente coincidente con l'approfittamento dello stato di bisogno richiesto dall'art. 603-*bis* c.p., che si presume se si accerta lo sfruttamento.

Questa evidente sovrapposizione tra due fattispecie delle quali una è punita assai più gravemente e l'altra contiene una clausola di riserva non può che sospingere interpretazioni di quest'ultima "verso il basso": se tutti i fatti "gravi" sono riduzione in stato di servitù, l'art. 603-*bis* riguarderà solo fatti meno gravi; lo "sfruttamento" punito da tale disposizione sarà dunque probabilmente interpretato in senso più simile a una mera difformità dagli *standard* imposti dalla legge. E che non si tratti di mere suggestioni sembra dimostrato dalla recente vicenda *Uber-eats*¹⁵², ben lontana da quei casi di cronaca nera che nel 2011 avevano spinto il legislatore a introdurre l'art. 603-*bis* c.p.

Tutto ciò rende assai arduo, di conseguenza, predisporre strategie preventive "idonee" a evitare la commissione del reato in parola.

Innanzitutto, poiché l'applicazione del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro risulta appiattita sul concetto di "sfruttamento", la cui definizione è appaltata agli indici, necessario oggetto di specifico apprezzamento nei MOG divengono improvvisamente tutte le regole lavoristiche e antinfortunistiche la cui violazione è potenzialmente in grado, per il tramite degli indici stessi, di integrare tale concetto. Ciò significa dover garantire meccanismi di controllo rispetto a violazioni di per sé magari addirittura penalmente irrilevanti; uno sforzo immane per l'azienda, se si pensa che l'attività di valutazione dovrebbe essere estesa anche agli approvvigionamenti e agli appalti esterni, se non si vuole rischiare la punizione della persona fisica a titolo di concorso nel reato, ad esempio attraverso la necessaria previsione di clausole di *auditing*, cioè di ispezioni dirette sui luoghi di lavoro. Uno sforzo massiccio cui naturalmente non corrisponde affatto, in termini di *Realpolitik*, la certezza di ottenere quel giudizio di "idoneità" in grado di escludere

¹⁵² Per una analisi della vicenda v. BARBERIO M., CAMURRI V., L'amministrazione giudiziaria di Uber: un possibile cortocircuito tra il sistema giuslavoristico e le misure di prevenzione, in GPWeb, nn. 7-8, 2020.

la responsabilità dell'ente: è nota anzi la parsimonia con cui procure e tribunali, una volta che il reato è stato commesso, riconoscono a un Modello tale virtuosa proprietà.

A ciò si aggiunge il fatto che molto spesso le violazioni richiamate dagli indici concernono i poteri tipici del datore di lavoro. Tale qualifica, notoriamente, non ha natura formale, ma sostanziale: non è una carica di cui si può essere investiti ma si desume dai poteri di cui il singolo apicale effettivamente dispone¹⁵³. Tra gli indici che la giurisprudenza utilizza per individuare chi riveste tale qualifica figurano proprio il fatto di essere il titolare dei contratti, di decidere la retribuzione e l'orario di lavoro, e naturalmente di predisporre il piano delle misure antinfortunistiche (cioè il DVR, il Documento di valutazione del rischio, che è un obbligo indelegabile del datore). Di conseguenza, è evidente che in tutte quelle aziende in cui il datore di lavoro è individuato nel vertice più alto dell'azienda – cioè sostanzialmente in tutte le PMI – sarà difficile concludere che il Modello organizzativo potesse in qualche modo prevedere misure per impedire le violazioni lavoristiche (richiamate dagli indici) eventualmente realizzate. Sarebbe come pretendere che il datore di lavoro preveda misure organizzative tali da obbligare sé stesso. Inoltre, se le violazioni sono imputabili al datore, l'ente risulterà con assai maggior frequenza “stabilmente utilizzato allo scopo” di commettere il reato presupposto.

Il “sistema 231” assume così uno scopo che non è affatto preventivo, ma solo repressivo. Ciò è vero non solo per le imprese in cui lo sfruttamento dei lavoratori è consustanziale all'attività imprenditoriale – penso soprattutto ai molti esempi nel settore agricolo ed edilizio, in cui lo sfruttamento arriva davvero molto vicino allo schiavismo – per le quali il d.lgs. 231 arriva a uccidere l'azienda, con l'interdizione definitiva. Se infatti le maglie dell'art. 603-*bis* c.p. dovessero risultare così strette da contenere anche violazioni del tutto lontane da fenomeni para-schiavistici, anche rispetto a imprese del tutto lecite, dove magari sono riscontrate violazioni delle discipline lavoristiche richiamate dagli indici, ma in un contesto tutto sommato non così grave, il “sistema 231” non avrebbe alcun carattere preventivo. Per tutti quegli illeciti richiamati dagli indici che sono direttamente riconducibili alle prerogative del datore di lavoro (e sono la maggior parte), il MOG non può che risultare inidoneo a prevenirli, non potendo verosimilmente contenere misure obbligatorie per il datore stesso. Anche in questo caso, dunque, il “sistema 231” si pone come un mero canale sanzionatorio, peraltro assai gravoso.

¹⁵³ TORDINI CAGLI S., *I soggetti responsabili*, in CASTRONUOVO D., CURI F., TORDINI CAGLI S., TORRE V., VALENTINI V., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, II ed., Giappichelli, Torino, 2021, 75 ss.

Concludo dunque con una suggestione, che qui non può essere ulteriormente sviluppata. Alla luce di quanto detto, più senso avrebbe probabilmente avuto inserire quegli indici nella fattispecie di cui all'art. 600 c.p., per rendere quella fattispecie più facilmente applicabile, e chiamare finalmente col suo nome lo sfruttamento grave: cioè riduzione in stato di schiavitù o servitù. E prevedere invece un illecito minore, meno grave anche sul piano della responsabilità degli enti, per le “semplici” violazioni del c.d. *decent work*, cioè degli *standard* lavoristici.

IL CONTROLLO GIUDIZIARIO DELLE AZIENDE E L'AMMINISTRAZIONE DEI BENI SEQUESTRATI

Valentina Camurri

Dottoressa di ricerca in Lavoro, Sviluppo e Innovazione e cultrice della materia in diritto processuale penale e in diritto penale delle società presso l'Università degli studi di Modena e Reggio Emilia

SOMMARIO: 1. Il controllo giudiziario dell'azienda previsto dall'art. 3 legge 199/2016: un *tertium genus* di misure cautelari reali. – 2. I presupposti applicativi e le modalità operative. – 3. Il rinvio al Codice Antimafia operato dall'art. 3, comma 4, L. 199/2016. – 4. I rapporti con il commissariamento dell'ente.

1. Il controllo giudiziario dell'azienda previsto dall'art. 3 legge 199/2016: un *tertium genus* di misure cautelari reali.

Una delle più importanti misure che il legislatore ha inserito all'interno dell'ordinamento al fine di contrastare il fenomeno del caporalato è il controllo giudiziario dell'azienda¹: si tratta di uno strumento che è stato introdotto dalla legge 16 ottobre 2016, n. 199, ossia con il medesimo atto normativo che, parallelamente, ha modificato il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603 *bis* c.p. Tra le tante novità legislative la legge prevede, ai sensi dell'art. 3, che «nei procedimenti per i reati previsti dall'art. 603 *bis* c.p.» e nell'eventualità che «ricorrono i presupposti indicati nel comma 1 dell'art. 321 c.p.p.»², il giudice disponga, in luogo del sequestro (preventivo impeditivo), il controllo

¹ Il controllo giudiziario viene definito da DELVECCHIO F., *L'efficacia della strategia anti-caporalato a cinque anni dalla l. n. 199/2016*, in *SP*, n. 1, 2022, 37, come «una delle azioni chiave nella strategia di contrasto al fenomeno dello sfruttamento lavorativo messa in campo nel 2016».

² L'art. 321 c.p.p., la cui rubrica è «oggetto del sequestro preventivo», dispone che «quando vi è pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati, a richiesta del pubblico ministero il giudice competente a pronunciarsi nel merito ne dispone il sequestro con decreto motivato. Prima dell'esercizio dell'azione penale provvede il giudice per le indagini preliminari». La letteratura che esamina la materia è, come noto, sterminata. Senza pretese di completezza, tra gli altri, BALDUCCI P., *Il sequestro preventivo nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1991, *passim*; GUALTIERI P., *Sequestro preventivo*, in SCALFATI A. (a cura di), *Prove e misure cautelari, Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher G., II, t. I, 2008, Utet, Torino, 366 ss.; MONTAGNA M., *I sequestri nel sistema delle cautele penali*, Cedam, Padova, 2005; SANTORIELLO C., *Il sequestro preventivo*, in FIORENTIN F.-SANTORIELLO C. (a cura di), *Le misure cautelari reali*, Giappichelli, Torino, 2009, 21; AMODIO E., *Le cautele patrimoniali nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 1971. Per le differenze con il sequestro finalizzato alla confisca, inoltre, v., VERGINE F., *Il "contrasto" alla illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Cedam, Padova, 2012; SCALFATI A., *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, in *PPG*, n. 3, 2016, 1 ss.

giudiziario dell'azienda presso cui è stato commesso il reato, qualora sussistano i requisiti richiesti dalla legge.

A seguito della riforma, attenta dottrina ha cercato di individuare la natura di tale strumento, evidenziando fin da subito come questo si presenti, *prima facie*, come una *species* di misura cautelare reale «di taglio innovativo difficilmente riconducibile a quelle già note e regolamentate e, dunque, di non facile classificazione sistematica»³. Sul punto si sono, infatti, formate tre tesi.

Secondo un primo orientamento, al controllo giudiziario dovrebbe essere riconosciuta una natura «ibrida» in grado di racchiudere al suo interno, tanto elementi propri del sequestro preventivo di cui all'art. 321 c.p.p., quanto quelli tipici dell'amministrazione di sostegno. In quest'ottica, dietro alla etichetta della misura cautelare reale si celerebbe uno strumento ad «invasività attenuata»⁴ che condivide con l'istituto civilistico la flessibilità e la capacità di modulazione degli effetti del provvedimento, il quale ben può essere plasmato a seconda delle concrete esigenze dell'azienda oggetto di cautela.

Per la dottrina tradizionale al controllo giudiziario dovrebbe essere riconosciuta la natura di misura cautelare reale in forza sia della *ratio legis*, sia del doppio rinvio che l'art. 3, comma 1, L. 199/2016 effettua in relazione all'art. 321 c.p.p. con riguardo ai presupposti e alla disciplina applicabile⁵. Invero, dato che la nuova cautela si pone in un rapporto di secca «alternatività»⁶ rispetto al sequestro preventivo, i due strumenti non possono che condividere la medesima natura, ancorché si differenzino per il fine perseguito.

Una diversa prospettazione teorica ritiene, al contrario, che l'istituto in esame appartenga ad un «*tertium genus* (dalla portata circoscritta) di cautele reali»⁷. L'assunto si basa, prevalentemente, sulla marcata dicotomia che sussiste tra il controllo giudiziario e il

³ LORUSSO S., *Il controllo giudiziario dell'azienda. profili sistematici*, in CORSO S. M. - DE SANTIS G. - DELVECCHIO F. (a cura di), *Studi sul caporalato*, 2020, Giappichelli, Torino, 121.

⁴ DELVECCHIO F., *Il controllo giudiziario dell'azienda e l'amministrazione dei beni sequestrati*, in CORSO S.M. - DE SANTIS G. - DELVECCHIO F. (a cura di), *Studi sul caporalato*, 2020, Giappichelli, Torino, 132.

⁵ Così GIORDANO B., *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e una politica penale del lavoro*, in CORSO S.M. - DE SANTIS G. - DELVECCHIO F. (a cura di), *Studi sul caporalato*, 2020, Giappichelli, Torino, 85, che osserva come «si tratt[ia] di una misura chirurgica, alternativa al sequestro dell'azienda, che per la prima volta anticipa a livello cautelare una valutazione ponderata della continuità dell'azienda, della tutela dell'occupazione e del valore dell'azienda». Evidenzia poi le criticità di tale assimilazione, DELVECCHIO F., *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 133-134, che ritiene, dapprima, che «richiamando *per tabulas* i presupposti di cui al sequestro preventivo, inevitabilmente il controllo giudiziario ne eredita le incertezze» e subito dopo sottolinea altresì come «il risultato ottenuto è un ibrido di ambigua funzionalità e coerenza, che si sovrappone fino a confondersi con gli strumenti cautelari già in dotazione».

⁶ DELVECCHIO F., *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 136.

⁷ Di tale avviso è LORUSSO S., *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 126. Nella medesima direzione si veda, inoltre, DELVECCHIO F., *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 150.

sequestro preventivo; dicotomia che riguarda tanto lo scopo perseguito dai due istituti, quanto le modalità operative degli stessi, senza essere in alcun modo scalfita dal sopraccitato rinvio all'art. 321, comma 1, c.p.p. che l'art. 3 L. 199/2016 effettua. Invero, il fine cui mira il legislatore con la previsione del controllo giudiziario sottende «esigenze e istanze che sono in ombra, se non completamente ignorate, nella disciplina del sequestro preventivo», le quali, tuttavia, sono talmente essenziali nella sua «architettura normativa» da «colorare l'istituto di tinte che non possono non incidere [...] sul [suo] inquadramento sistematico»⁸. Infatti, nella cautela reale, di cui all'art. 321, co. 1, c.p.p., l'obiettivo primario è quello di neutralizzare il «pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati», giustificando l'applicazione della misura sulla base della «pericolosità sociale della cosa e non [sulla] colpevolezza di colui che ne abbia la disponibilità»⁹. Si tratta, in effetti, di una misura «anticipatoria»¹⁰ – talvolta definita come un «“acconto” sulla futura pena pecuniaria»¹¹ – che, per lungo tempo¹², è stata assoggettata ad un meccanismo di

⁸ Le espressioni che precedono sono tutte tratte da LORUSSO S., *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 122.

⁹ Così, in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. III, 13/02/2002, n. 11290, in *C.E.D. Cass.*, n. 221268; Cass. pen., Sez. II, 06/07/2021, n. 35559, in *C.E.D. Cass.*, n. 281965. In dottrina, per una recente versione critica, GIBILISCO L., *Quel che resta del fumus: gli indizi di colpevolezza nel prisma delle presunzioni cautelari*, in *www.discrimen.it*, 20/07/2020, 18; PORCU F., *Variazioni cromatiche del fumus commissi delicti nel sequestro preventivo*, in *DPP*, n. 1, 2014, 1351, che sottolinea come ci si continua ad ostinare a rivolgere il predicato (la pericolosità) non al rapporto reo-*res*, bensì al secondo elemento, che invece andrebbe considerato almeno nella sua strumentalità ad aggravare o protrarre le conseguenze del reato addebitato.

¹⁰ In questi termini, LORUSSO S., *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 122.

¹¹ In questo senso, MAZZACUVA F., *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale “classico” e diritto penale “moderno”*, in BARGI A. - CISTERNA A. (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, Utet, Torino, 2011, 238.

¹² Un importante cambio di rotta, per alcuni, si è avuto con la legge 16/04/2015, n. 47, che ha modificato l'art. 292, comma 2, lett. c) e c bis) e l'art. 309, comma 9, c.p.p., nonché l'art. 324, comma 7, c.p.p. Invero, all'obbligo in capo al giudice procedente di valutare in via autonoma, rispetto alla richiesta *de libertate* e agli atti depositati dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 291 c.p.p., gli indizi di colpevolezza, le esigenze cautelari, i motivi per i quali siano ritenuti irrilevanti gli elementi forniti dalla difesa, è stato affiancato il potere del Tribunale del riesame di annullare il provvedimento impugnato proprio «se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'art. 292 c.p.p., delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa». Sul punto v., per tutti, BONZANO C., *Nuove norme sulla motivazione: il sistema cautelare in action* e SPANGHER G., *Le impugnazioni cautelari si rinnovano*, in BACCARI G.M. - LA REGINA K. - MANCUSO E.M. (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Cedam, Padova, 2016, 421 e 461 ss.; CHINNICI D., *I nuovi parametri in tema di motivazione del provvedimento di restrizione cautelare*, in NEGRI D. (a cura di), *Le misure cautelari personali nella strategia del «minimo sacrificio necessario»*, Dike, Roma, 2015, 71 ss. In realtà, la dottrina più attenta evidenzia come la modifica normativa non sia altro che la positivizzazione di alcuni interventi della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che già avevano riconosciuto espressamente come il vincolo reale incidesse, al pari di quelli che agiscono sulla libertà personale, su diritti fondamentali quali il diritto alla proprietà di cui all'art. 42 Cost. e all'art. 1 Protocollo addizionale alla Cedu. Si veda, per la Corte costituzionale, Corte Cost., 9/05/2013, n. 85, in *GC*, 2013, 1424 ss., su cui, *ex multis*, TONINI P., *Il caso ILVA induce a ripensare le finalità e gli effetti del sequestro preventivo*, in *DPP*, 2014, 1156 ss. In giurisprudenza, inoltre, Cass. pen., Sez. un., 31/03/2016, n. 18954, in *C.E.D. Cass.*, n. 266790.

accertamento probatorio semplificato, non richiedendosi né la sussistenza del *fumus commissi delicti*¹³, né il rispetto “stringente” di alcune garanzie costituzionali¹⁴.

Il sequestro preventivo impeditivo si differenzia dal controllo giudiziario anche per le modalità operative in quanto, nel secondo, il legislatore inserisce numerosi adempimenti cui l'amministratore giudiziario e lo stesso giudice sono tenuti, i quali, riflettendo la peculiarità dell'oggetto del controllo giudiziario (l'azienda) da cui deriva la portata circoscritta dell'intervento ablativo sulla *res*, incidono in modo così diretto da imporne una classificazione a parte¹⁵. Ed allora l'istituto di nuovo conio «spezza quel vincolo inscindibile tradizionalmente (e pigramente) instaurato tra sequestro e [futura eventuale] confisca»¹⁶ avvicinandosi così maggiormente, grazie al suo *modus operandi*, ad alcune misure di

¹³ L'assenza di tale accertamento traccia(va) un solco incolmabile con l'area delle misure cautelari personali. La differenziazione viene evidenziata dalla più attenta dottrina ed è per questo che alcuni studiosi hanno ritenuto che i “gravi indizi” – escludendo l'ipotesi della confisca obbligatoria – non possano che essere un requisito implicito stante il riferimento alla “cosa pertinente al reato” presente nel comma 1. Di tale avviso è, primo tra tutti, CORDERO F., *Procedura penale*, IX, Giuffrè, Milano, 2012, 557. Per una più completa ricostruzione delle posizioni non solo dottrinali, ma anche giurisprudenziali sul punto si rinvia a GUALTIERI P., *Sequestro preventivo*, in *Trattato di procedura penale*, II, *Prove e misure cautelari*, tomo II, in SCALFATI A. (a cura di), *Le misure cautelari*, Utet, Torino, 2008, 368 ss. Per il superamento di tale (limitato) accertamento v., *infra*, nota 41.

¹⁴ I dubbi circa la compatibilità tra le cautele reali e alcuni diritti costituzionali fondamentali (primo tra tutti il diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost.) sono stati sollevati dalla dottrina fin dalla emanazione del codice di rito. Anche perché, come emerge dalla relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale, già in sede di lavori preparatori era stata evidenziata la potenzialità lesiva degli strumenti patrimoniali su diritti costituzionali fondamentali sottolineando, altresì, la necessità di creare un quadro normativo dai contorni precisi, che limitasse il rischio di abusi e puntasse ad un «equilibrio fra difesa sociale e garantismo» (così la Relazione al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, in *DG*, 1988, 175). Invero, la disciplina così come inserita dal legislatore nel codice di rito è stata sempre “giustificata”, dalla stessa Corte Costituzionale, sulla base dell'assunto secondo cui le diverse garanzie costituzionali in gioco potessero essere graduate in funzione degli interessi collettivi coinvolti; in particolare, Corte Cost., 17/02/1994, n. 48, in *CP*, 1994, 1467, afferma chiaramente che «la scelta del codice di non riprodurre per le misure cautelari reali i presupposti sanciti dall'art. 273 per le misure cautelari personali non (possa) [...] ritenersi in sé contrastante con l'art. 24 della Costituzione, essendo graduabili fra loro i valori che l'ordinamento prende in considerazione». Il risultato è stato quindi quello di “degradare” il diritto di proprietà rispetto all'inviolabilità della libertà personale, comportando, quale conseguenza, la possibilità di liberalizzare i presupposti applicativi per le cautele reali, sino a ritenerle sganciate dall'operatività delle condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari previste dall'art. 273 c.p.p. In altri termini, dato che le misure cautelari reali incidono sulla libera disponibilità di una *res* e non sulla libertà personale dei soggetti destinatari, le stesse possono essere applicate secondo un regime che viene, tradizionalmente, considerato “meno stringente”. Le critiche sollevate dalla dottrina in relazione a tale ultimo orientamento sono numerose: tra i tanti, v., già dopo l'entrata in vigore del codice di rito, GIARDA A., *L'impresa e il nuovo processo penale*, in *RIDPP*, 1990, 1243 ss.; BALDUCCI P., *Il sequestro preventivo nel processo penale*, cit., 143; SCALFATI A., *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, in *PPG*, 2016, 3 e ss.; TURCO E., sub art. 321, in CANZIO G. - BRICCHETTI R. (a cura di), *Codice di procedura penale*, I, Giuffrè, Milano, 2017, 2076 ss. Sostengono, al contrario, che per disporre le misure cautelari reali sarebbero sufficienti i soli gravi indizi di reato, GALANTINI N., sub art. 321, in AMODIO E. - DOMINIONI O. (diretto da), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, III, Giuffrè, Milano, 1990, 270; LATTANZI G., *Sul fumus richiesto per il sequestro preventivo*, in *CP*, 1995, 351.

¹⁵ Questa è l'idea che emerge da LORUSSO S., *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 123.

¹⁶ LORUSSO S., *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 127.

prevenzione previste dal Codice Antimafia¹⁷. Spostare il baricentro del procedimento di assimilazione dal sequestro preventivo alle misure di prevenzione comporta, giocoforza, che la qualificazione del controllo giudiziario non possa che essere quella di un *tertium genus*: pur mantenendo una sua autonomia concettuale, tale strumento condivide, come sopra evidenziato, alcuni aspetti con le misure cautelari reali, ed altri con le misure di prevenzione che esulano dalla disciplina *stricto sensu* penalistica. In effetti, da un'analisi dei requisiti richiesti dall'art. 3 L. 199/2016, non può non rilevarsi come il controllo giudiziario appaia avvicinarsi maggiormente, per finalità, modalità operative e *iter* procedimentale, ad un «curatore *ad acta*»¹⁸ o, meglio ancora, ad una figura ben nota al procedimento amministrativo: il commissario *ad acta*¹⁹. Quest'ultimo, come recentemente specificato dalla Adunanza Plenaria²⁰, configura una *longa manus* del giudice essendo, per esplicita volontà legislativa, un suo ausiliario²¹; così, allo stesso modo, anche l'amministratore giudiziario

¹⁷ Il parallelismo, condiviso da chi scrive, si deve sempre a LORUSSO S., *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 126-127, che bene evidenzia che, in forza dell'art. 3 co. 4 L. 199/2016 – anche se nulla ha a che vedere con il controllo giudiziario *stricto sensu* – il legislatore espande la portata della disciplina del Codice Antimafia all'ipotesi di sequestro preventivo di un'azienda disposto in un procedimento per il reato di cui all'art. 603 *bis* c.p. Lo stesso autore, poi, rileva come, in relazione al controllo giudiziario, emerga «al di là della curiosa ed eccentrica collocazione della norma, la traccia di una legislazione intercomunicante che, ferma restando la specificità di ciascun istituto, individua possibili interazioni e potenziali osmosi che vadano ad arricchire il panorama prescrittivo di ciascuna categoria in un'ottica di miglioramento delle stesse. D'altronde, è noto come l'universo degli strumenti ablativi intorno al quale ruota la giustizia penale è assai composito e variegato, sia in senso longitudinale che in senso latitudinale. Attraversa, infatti, l'intero spettro del processo, estendendosi al “prima” e al “dopo”, grazie alle misure di prevenzione ed alle misure di sicurezza. Le varie tipologie di sequestro fin qui richiamate rappresentano soltanto il centro della sua mappa. Una porzione di una geografia globale che disegna un micro sistema cautelare tanto eterogeneo quanto pervasivo».

¹⁸ Così GIORDANO B., *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro*, cit., 85.

¹⁹ Tale figura è disciplinata all'interno della legge 07/08/1990, n. 241, rispettivamente agli artt. 34, co.1, lett. e), dall'art. 59, 114, co. 4, lett. d), 117, co. 3.

²⁰ Cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen., 25/05/2021 n. 8, in www.giustizia-amministrativa.it.

²¹ La sua natura come ausiliario del giudice era già stata sostenuta sia dalla Corte Costituzionale che dalla stessa Plenaria. In particolare, la Corte costituzionale, con sentenza 12/05/1977 n. 75, in www.cortecostituzionale.it, ha a suo tempo affermato che «il giudice amministrativo, sia che sostituisca la propria decisione all'omesso provvedimento della pubblica amministrazione, che vi era tenuta in forza del giudicato formatosi nei suoi confronti, come più spesso suole accadere quando si tratti di atto vincolato; sia che ingiunga alla amministrazione medesima di provvedere essa stessa, entro un termine all'uopo prefissato e con le modalità specificate in sentenza; sia infine che disponga la nomina di un commissario per l'ipotesi che il termine abbia a decorrere infruttuosamente, esplica sempre attività di carattere giurisdizionale (“decide pronunciando anche in merito”, come si esprime l'art. 27, comma primo, del citato testo unico del 1924, riferendosi testualmente al Consiglio di Stato “in sede giurisdizionale”). [...] Procedendo, pertanto, direttamente o indirettamente, alla nomina di un commissario, il giudice amministrativo non si surroga [alla pubblica amministrazione], ma pone in essere un'attività qualitativamente diversa da quella che quest'ultim[a] avrebbe istituzionalmente il potere-dovere di esplicare [...]. Ed a sua volta, l'attività del commissario, pur essendo, praticamente, la medesima che avrebbe dovuto essere prestata dall'amministrazione, o in ipotesi da un commissario *ad acta* inviato dall'organo di controllo, ne differisce tuttavia giuridicamente, perché si fonda sull'ordine contenuto nella decisione del giudice amministrativo, alla quale è legata da uno stretto nesso di strumentalità». Anche l'Adunanza Plenaria, con decisione 14/07/1978 n. 23, in www.giustizia-amministrativa.it, ha precisato che il giudizio di ottemperanza risponde all'esigenza «del completamento della tutela giurisdizionale nella fase esecutiva della decisione», afferma che con tale giudizio “il giudice amministrativo si

nominato dal giudice agisce in nome e per conto del giudice stesso, sulla base delle prescrizioni contenute nel decreto applicativo della misura.

Riconoscendo, invero, una tale natura al controllo giudiziario appaiono anche maggiormente delineati i tratti essenziali dello strumento, che si caratterizza così per essere un vero e proprio «modello rimediabile al danno da collasso d'azienda»²², che tenta di conciliare esigenze preventive, da un lato, con profili economici, occupazionali e sociali, dall'altro.

2. I presupposti applicativi e le modalità operative.

Il legislatore ha fissato sia i presupposti applicativi della misura sia le modalità operative con le quali la stessa debba essere posta in essere.

Quanto al primo profilo, al comma 1 dell'art. 3 L. 199/2016 si prevede che qualora ricorrano i presupposti indicati al comma 1 dell'art. 321 c.p.p., il giudice dispone in alternativa al sequestro preventivo impeditivo²³, il controllo giudiziario dell'azienda presso la quale è stato commesso il reato di cui all'art. 603 *bis* c.p. Il potere di scelta di tale misura viene altresì subordinato a due condizioni che devono essere verificate dal giudice: se l'interruzione dell'attività imprenditoriale potrebbe comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali oppure se potrebbe compromettere il valore economico del complesso aziendale.

Come si è già avuto modo di osservare, qualora sussistano i presupposti di cui all'art. 321 c.p.p. – e quindi quando vi è il pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati – il giudice si trova di fronte a una alternativa secca in quanto o dispone il sequestro preventivo²⁴ o il controllo giudiziario. Invero, già il rinvio ai presupposti di cui all'art. 321 c.p.p. ha fatto sorgere in dottrina una criticità di ordine logico: dato, infatti, che

sostituisce all'amministrazione inadempiente ponendo in essere l'attività che questa avrebbe dovuto compiere per realizzare concretamente gli effetti scaturenti dalla sentenza da eseguire, conformando la realtà alle relative statuizioni».

²² DELVECCHIO F., Il controllo giudiziario dell'azienda, cit., 152.

²³ Il fatto che il controllo giudiziario possa essere applicato solo in alternativa al sequestro preventivo impeditivo e non anche nel caso di cui al comma 2 dell'art. 321 (c.d. sequestro finalizzato alla confisca), è stato di recente confermato da Cass. pen., Sez. IV, 29/9/2021, n. 40554, in *C.E.D. Cass.*, n. 282063, che ha evidenziato come tra il sequestro funzionale alla confisca e il controllo giudiziario vi sia una incompatibilità strutturale ed infatti il controllo giudiziario è una misura cautelare alternativa al sequestro preventivo impeditivo.

²⁴ Per una interessante ricostruzione dei poteri degli amministratori giudiziari in caso di sequestro preventivo v., TORIELLO M., *L'amministrazione dell'azienda sottoposta a sequestro preventivo, tra prassi applicative e prospettive di riforma*, in *CP*, 2017, 3416 e ss.

la misura cautelare reale in oggetto, affinché possa essere applicata, richiede che sussista un pericolo attuale e concreto che la libera disponibilità della *res* possa comportare la reiterazione del reato o il suo aggravamento, non si comprende come un giudice possa al contempo accertare che vi siano i presupposti del sequestro preventivo e decidere di lasciare l'azienda nella disponibilità dell'indagato, benché coadiuvato da un amministratore²⁵.

Probabilmente, proprio per superare la suindicata criticità, il legislatore ha inserito due requisiti cui deve essere condizionata l'applicazione della misura: viene richiesto l'accertamento di eventuali ripercussioni negative sui livelli occupazionali o della possibilità che la sospensione dell'attività comprometta il valore economico del complesso aziendale. Il giudice, per poter disporre il controllo giudiziario, deve quindi compiere un «giudizio prognostico sulle conseguenze [negative] economiche e occupazionali»²⁶ che un provvedimento “tradizionale” di sequestro preventivo comporterebbe. Oltre alla evidente difficoltà per l'organo giudicante di effettuare un tale giudizio *pro futuro*, la literalità della norma sembrerebbe riconoscere al controllo giudiziario un ruolo “sub-valente” rispetto alla scelta del sequestro preventivo. Invero, nel momento in cui il legislatore richiede che il controllo giudiziario venga disposto solo «qualora l'interruzione dell'attività imprenditoriale possa comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico del[l'azienda]», non fa altro che “suggerire” al giudice di preferire l'applicazione della misura cautelare reale ablativa, prevedendo, soltanto in via sussidiaria il controllo giudiziale. Quest'ultimo può infatti essere disposto soltanto qualora, all'esito di un giudizio prognostico (e ipotetico), le conseguenze derivanti dalla interruzione dell'attività abbiano effetti negativi sulla occupazione e sul valore del complesso aziendale²⁷.

La suindicata formulazione normativa non può che far sorgere alcune perplessità soprattutto alla luce della *ratio legis*²⁸: per riconoscere una effettiva portata allo strumento di

²⁵ Si pongono questo dubbio SILVESTRE P., *Caporalato: la disciplina della confisca e il controllo giudiziario dell'azienda*, in *ilpenalista.it*, 2016 e GAROFALO D., *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, in *RDSS*, 2018, 252.

²⁶ DELVECCHIO F., *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 136. Giudizio, quest'ultimo, che DELVECCHIO F., *L'efficacia della strategia anti-caporalato a cinque anni dalla l. n. 199/2016*, cit., 37, definisce come una «valutazione altamente tecnica».

²⁷ Fornisce una lettura accorta che potrebbe essere data alla norma DELVECCHIO F., *L'efficacia della strategia anti-caporalato a cinque anni dalla l. n. 199/2016*, cit., 37, che evidenzia come «occorrerebbe, piuttosto, interpretare questo requisito nel senso di dimostrare che l'attività economica su cui intervenire è sostenibile e competitiva anche se viene svolta nel rispetto dei diritti dei lavoratori, il che dovrebbe consentire allo strumento in esame di funzionare ogni volta in cui lo sfruttamento dei dipendenti non sia fondamentale per la sopravvivenza dell'impresa, ma serva solo a massimizzare il profitto di alcuni soggetti».

²⁸ Sulla *ratio*, con riferimento ai lavori preparatori v., FERRANTI D., *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in *DPC*, 15/11/2016, 2.

contrasto inserito dalla legge 199/2016 sarebbe, infatti, necessario lasciare all'organo giudicante (magari specializzato²⁹) un'ampia discrezionalità circa l'istituto da applicare al caso di specie. Probabilmente, sarebbe stato più corretto, invece che inserire le sopraindicate condizioni applicative, richiamare (tipizzandoli) i principi di proporzionalità, gradualità e adeguatezza; principi che, come noto, caratterizzano l'applicazione delle misure cautelari personali, per espressa volontà legislativa ai sensi dell'art. 275 c.p.p., ma che un'attenta giurisprudenza ha esteso anche alle misure cautelari reali³⁰.

Dopo aver sancito i requisiti, il legislatore prevede anche le modalità operative attraverso le quali il controllo giudiziario debba essere applicato. Ai sensi dell'art. 3, comma 1, ultima parte, L. 199/2016, la misura deve, innanzitutto, essere disposta in osservanza delle disposizioni di cui agli artt. 321 c.p. e ss. c.p.p.³¹. Al comma 2 si precisa, inoltre, che «con

²⁹ L'istituzione di organi giudiziari specializzati viene auspicata da DELVECCHIO F., *L'efficacia della strategia anti-caporalato a cinque anni dalla l. n. 199/2016*, cit., 38, la quale specifica, infatti, come «[s]arebbe opportuno prevedere organi giudiziari specializzati, in grado di formulare un giudizio consapevole, che tenga conto delle reali modalità operative e delle conseguenze che le procedure di "controllo" esplicano sull'andamento economico delle società ablate».

³⁰ Recentemente, cfr. Cass. pen., Sez. V, 22/03/2021, n. 17586 in *C.E.D. Cass.*, n. 281104 e Cass. Pen., Sez. IV, 21/01/2021, n. 3981, *ivi*, 280481. Indirizzo giurisprudenziale, in realtà, già confermato da pronunce meno attuali; tra queste, v., per tutti, Cass. pen., Sez. III, 26/05/2014, n. 21271, in *C.E.D. Cass.*, n. 261509; Cass. pen., Sez. V, 16/01/2013, n. 8382, *ivi*, n. 254712; Cass., Sez. III, 3/04/2012, n.12500, *ivi*, n. 252223, con nota di MILANI L., *Proporzionalità, adeguatezza e gradualità in tema di sequestro preventivo*, in *CP*, 2012, 4166 e ss.

³¹ Non essendoci altre norme che disciplinano il procedimento applicativo del controllo giudiziario, tale rinvio deve considerarsi "totalizzante" in quanto deve seguirsi il medesimo iter che caratterizza l'applicazione del sequestro preventivo. Ciò significa che è necessario che la richiesta da parte del pubblico ministero rivolta al giudice competente a pronunciarsi nel merito o, nel caso in cui l'azione penale non sia stata ancora esercitata, indirizzata al giudice per le indagini preliminari. In entrambi i casi l'organo giudicante provvede con decreto motivato (art. 321 comma 1 c.p.p.). Se, poi, durante le indagini preliminari, per la situazione d'urgenza, non sia possibile attendere il provvedimento decisorio del giudice, il sequestro viene disposto – sempre con decreto motivato – direttamente dal pubblico ministero. Ancora, nelle stesse ipotesi, prima dell'intervento dell'organo dell'accusa, procedono al sequestro gli ufficiali di polizia giudiziaria, sui quali incombe il dovere di trasmettere nelle quarantott'ore successive il verbale dell'atto compiuto al pubblico ministero del luogo in cui il sequestro è stato eseguito. Quest'ultimo – qualora non ritenga di dover procedere alla restituzione delle cose sequestrate – deve presentare al giudice precedente la richiesta di convalida e di emissione del decreto con cui solitamente viene disposto il sequestro, entro quarantott'ore dal sequestro o dalla ricezione del verbale, qualora il sequestro sia stato eseguito dalla polizia giudiziaria di propria iniziativa (art. 321 comma 3 *bis* c.p.p.). I termini sono perentori: la loro inosservanza comporta la decadenza del sequestro; e il medesimo effetto si ha in caso di mancata emanazione del provvedimento di convalida da parte del giudice competente entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta (art. 321 comma 3 *ter* c.p.p.). Il sequestro deve essere immediatamente revocato – su richiesta del pubblico ministero o dell'interessato – qualora risultino mancanti, anche per "fatti sopravvenuti", le condizioni di applicabilità previste dal comma 1 dell'art. 321 c.p.p. Anche in questo caso, durante la fase investigativa, sarà sempre il pubblico ministero, sempre con decreto, a provvedere. Inoltre, qualora la richiesta promani dall'interessato e l'organo dell'accusa ritenga che debba essere respinta (anche solo parzialmente), la stessa dovrà essere trasmessa al giudice insieme alle richieste e agli elementi probatori sui quali il pubblico ministero fonda le sue valutazioni (art. 321 comma 3 c.p.p.). Il legislatore si è poi premurato di disciplinare tutti i controlli sul provvedimento di sequestro: la richiesta di riesame del decreto emesso dal giudice (artt. 322 e 324 c.p.p.); l'appello contro le ordinanze in materia di sequestro preventivo e il decreto di revoca pronunciato dal pubblico ministero (art. 322 *bis* c.p.p.); il ricorso per Cassazione contro le ordinanze rese ai sensi degli artt. 322 *bis* e 324 c.p.p. (art. 325 c.p.p.). Infine, nell'art. 323 c.p.p. viene disciplinata l'ipotesi della perdita di efficacia del sequestro preventivo a seguito di un provvedimento favorevole all'imputato (sentenza

il decreto con cui [si] dispone [la misura], il giudice nomina uno o più amministratori, scelti tra gli esperti in gestione aziendale iscritti all'Albo degli amministratori giudiziari di cui al d.lgs. 4 febbraio 2010, n. 14»³². Questi ultimi, come specificato al comma 3 del citato articolo, affiancano l'imprenditore nella gestione dell'azienda e autorizzano lo svolgimento degli atti di amministrazione utili all'impresa, con obbligo di rendicontazione al giudice ogni tre mesi oltre che tutte le volte in cui emergano delle irregolarità.

Dall'esegesi normativa emergono, *prima facie*, alcune importanti differenze che sussistono tra il controllo giudiziario *de quo* e le altre misure non ablativo cui può essere assoggettata un'azienda: il controllo giudiziario di cui all'art. 3, L. 199/2016, si caratterizza invero per avere tre peculiarità, che si ripercuotono poi sulla sua concreta applicazione.

In primo luogo, l'amministratore nominato con il decreto che dispone la misura si aggiunge all'imprenditore e non lo sostituisce. Questo comporta, a differenza di altri istituti, una necessaria collaborazione tra i due soggetti che sono così chiamati a gestire insieme l'azienda³³.

In secondo luogo, il legislatore ha, per la prima volta, previsto espressamente, al comma 2, la possibilità per il giudice di nominare anche più amministratori, senza dover motivare – come avviene in tutte le altre ipotesi – la sussistenza di una gestione particolarmente complessa. Una siffatta discrezionalità riconosciuta in capo al giudice costituisce una vera e propria eccezione nel panorama normativo. La scelta legislativa non è tuttavia andata esente dalle critiche della più attenta dottrina³⁴. Si è infatti sostenuto che non si comprende perché quando il giudice deve procedere alla sostituzione dell'imprenditore con l'amministratore ne debba nominare solo uno (salvo specifica motivazione), mentre invece qualora debba

di proscioglimento e sentenza di non luogo a procedere), mentre nel caso di pronuncia di una sentenza di condanna gli effetti del sequestro permangono nel caso in cui sia stata disposta la confisca delle cose sequestrate.

³² Sulla nomina degli amministratori giudiziari, in generale, nonché sulla ricostruzione della gestione dei beni sottoposti ad una misura cautelare reale, con specifico riferimento, però al sequestro preventivo, cfr. TORIELLO M., *L'amministrazione dell'azienda sottoposta a sequestro preventivo*, cit., 3421.

³³ Tra la gestione "statica" dei beni e quella "dinamica" vi è una sostanziale differenza. Infatti, come sottolinea BENE T., *L'esecuzione del sequestro preventivo e l'amministrazione dei beni sequestrati*, in MONTAGNA M. (a cura di), *Sequestro e confisca*, Giappichelli, Torino, 2017, 270, *sub* nota 47, l'utilizzo di due diversi termini, amministratore e custode, conferma la scelta del legislatore di prevedere due figure distinte, l'una preordinata alla gestione dinamica, l'altra finalizzata alla conservazione dell'azienda.

³⁴ La scelta viene criticata, scientemente, da DELVECCHIO F., *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 143. L'autrice prima di evidenziare le perplessità del dettato normativo compie anche una esaustiva disamina circa tutte le diverse ipotesi in cui, invero, il giudice ha la possibilità di nominare un solo amministratore e al massimo ulteriori soggetti che svolgono il ruolo di coadiutori; la stessa specifica anche tutti i casi in cui la facoltà di prevedere una pluralità di incarichi sia sempre subordinata alla stringente motivazione circa la complessità della gestione che caratterizza il caso di specie.

incaricare gli amministratori di controllare e coadiuvare l'attività dell'imprenditore ne possa nominare anche più di uno. È di immediata percezione, d'altronde, che proprio la gestione condivisa con il titolare dovrebbe richiedere un impegno "meno gravoso" da parte del *nominando* amministratore. Le difficoltà vengono poi accentuate dal fatto che il legislatore non ha in alcun modo disciplinato quale dovrebbe essere il rapporto tra i poteri dei singoli amministratori nominati, andando così ad ampliare ulteriormente la discrezionalità del potere giudiziario al quale, a questo punto, spetta il compito – non certo semplice – di prestabilire le attività (di controllo) che deve svolgere ciascun amministratore, nonché disciplinare i rapporti tra essi. Ulteriore nota di criticità, sempre collegata al numero degli amministratori, può essere ravvisata nella disciplina dei compensi. Dato, infatti, che l'intera procedura di controllo grava direttamente sull'Erario³⁵, la reiterazione di nomine plurime di amministratori non può che avere effetti negativi sui bilanci statali.

Infine, diversamente dalle altre misure, il legislatore qui specifica quali siano i compiti dell'amministratore, fissando anche la finalità che lo stesso deve perseguire. Il comma 3, seconda parte, dell'art. 3 L. 199/2016 prevede infatti che «al fine di impedire che si verificano situazioni di grave sfruttamento lavorativo, l'amministratore giudiziario controlla il rispetto delle norme e delle condizioni lavorative la cui violazione costituisce, ai sensi dell'art. 603 *bis* c.p., indice di sfruttamento lavorativo, procede alla regolarizzazione dei lavoratori che al momento dell'avvio del procedimento [...] prestavano la propria attività lavorativa in assenza di regolare contratto e, al fine di impedire che le violazioni si ripetano, adotta adeguate misure anche in difformità da quelle proposte dall'imprenditore o dal gestore». Nonostante tale iniziativa legislativa debba essere accolta con favore (in astratto), appare opportuno domandarsi (in concreto) se il contenuto del decreto che applica il controllo giudiziario debba essere sempre il medesimo o se possa riconoscersi in capo al giudice precedente la possibilità di modularne gli effetti. In altri termini, verrebbe da chiedersi se spetti al giudice precisare in sede di motivazione del decreto, quali siano i

³⁵ Come sostiene SILVESTRE P., *Caporalato. La disciplina della confisca e il controllo giudiziale dell'azienda*, cit., 7, per il regime di pagamento per la procedura di controllo trova applicazione la disciplina generale di cui all' art. 150 Testo unico sulle spese di giustizia, la cui normativa era inizialmente disciplinata dagli artt. 265 c.p.p. e 84 disp. att. c.p.p., poi abrogate a seguito della loro trasposizione nella disciplina prevista dal D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, ai sensi degli artt. 149-156. Tale normativa prevede espressamente che le spese per la custodia e la conservazione dei beni sottoposti a sequestro siano a carico dell'Erario, il quale, in caso di successiva confisca, le avrà anticipate in vista dell'acquisizione del bene al proprio patrimonio; in caso di dissequestro potrà condizionare la restituzione al pagamento delle spese anticipate per la custodia del bene di proprietà dell'imputato, fatta quindi eccezione per il caso in cui il bene sia di un terzo il quale nulla dovrà per le spese di custodia.

controlli specifici cui dovrebbe attenersi l'amministratore o se, al contrario, ogni amministratore sia tenuto a verificare, come richiede lo stesso legislatore, il rispetto di tutte le norme e delle condizioni lavorative la cui violazione costituisce, ai sensi dell'art. 603 *bis* c.p., indice di sfruttamento lavorativo; e ciò a prescindere, quindi, da una eventuale specificazione di quelle che si ritiene essere state violate nel caso di specie³⁶. Se si accede ad una lettura restrittiva – che limita i poteri del giudice decidente – il pericolo è quello di non poter permettere all'amministratore di controllare il rispetto delle normative la cui violazione ben potrebbe caratterizzare la sussistenza di ulteriori (e nuovi) indici di sfruttamento. Situazione, quest'ultima, davanti alla quale potrebbe senza dubbio trovarsi il giudice di merito nella pratica, in forza dell'elencazione meramente esemplificativa e non tassativa degli indici di orientamento probatorio previsti dal comma 3 dell'art. 603 *bis* c.p.³⁷.

3. Il rinvio al Codice Antimafia operato dall'art. 3, comma 4, L. 199/2016.

Il quarto comma dell'articolo 3, legge 199/2016, esula dal campo di applicazione del controllo giudiziario. Si tratta, infatti, di una disposizione di coordinamento che prevede che, nei casi di sequestro di beni di cui è consentita la confisca ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p. e nei casi di confisca obbligatoria disposta *ex art.* 603 *bis*.2 c.p., indipendentemente dal pericolo che la libera disponibilità della *res* possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato o agevolare la commissione di altri, si applica la disciplina del comma 4 *bis* dell'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/2012³⁸. Invero, nonostante l'abrogazione di quest'ultima norma la

³⁶ Si è limitato a prevedere i compiti prestabiliti dal legislatore, ad esempio, G.i.p., Trib. della Spezia, decr. 02/11/2020, n. 3879, in www.giurisprudenzapenale.it.

³⁷ Sostengono il carattere non tassativo dell'elencazione degli indici di orientamento probatorio, BIN L., *Problemi "interni" e Problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603 bis c.p.)*, in LP, 10/03/2020, 17; DE RUBEIS A., *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in DPC, n. 4, 2017, 226; TORRE V., *L'obsolescenza dell'art. 603-bis c.p. e le nuove forme di sfruttamento lavorativo*, in LLI, n. 6, 2020, 80. Tale tesi sembrerebbe emergere anche dalla relazione dell'on. Beretta, Relazione per la II Commissione (A.C. 4008), in www.penalecontemporaneo.it, 16/11/2016, IV. Sul punto, inoltre, MERLO A., *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "caporalato" dai braccianti ai riders; la fattispecie dell'art. 603 bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2020, 82, evidenziando come «da un certo punto di vista, anzi, l'allontanamento dall'elencazione normativa è addirittura auspicabile: in tal modo la giurisprudenza avrebbe margine per correggere lo strabismo del legislatore, che nella individuazione degli indici è rimasto ancorato al paradigma agricolo, tralasciando tutte le altre forme in cui lo sfruttamento lavorativo può manifestarsi». Ne riconoscono, al contrario, la portata tassativa, BACCHINI F., *Il nuovo reato di cui all'art. 603-bis c.p.: intermediazione illecita con sfruttamento della manodopera*, in IP, n. 2, 2011, 656; FIORE S. (*Dignità degli Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitti di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, 887; FIORE S., *La nuova disciplina penale della intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, tra innovazioni e insuperabili limiti*, in DA, n. 2, 2017, 277; LOREA L., *Sulla nozione di "sfruttamento del lavoro": cosa è cambiato*, in DRI, n. 4, 2020, 1093 e ss.; DI MARTINO A., *Tipicità di contesto. A proposito degli indici di sfruttamento nell'art. 603 bis c.p.*, in IP, n. 3, 2018, 46.

³⁸ L'art. 12 *sexies* co. 4 *bis* del suindicato decreto legge prevede che «le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati previste dal decreto legislativo 6 settembre

disciplina ivi contenuta continua a trovare uno spazio applicativo in forza del combinato disposto dell'art. 240 *bis* c.p. e dell'art. 104 *bis* disp. att. c.p.p.³⁹.

Con riferimento al comma 4 dell'art. 3 L. 199/2016, il richiamo effettuato dal legislatore al solo comma 2 dell'art. 321 c.p.p. – e alla confisca obbligatoria – crea uno spartiacque tra il caso di sequestro preventivo, definito talvolta come impeditivo⁴⁰, e quello prodromico alla confisca⁴¹, entrambi di regola contenuti nell'art. 321 c.p.p., rispettivamente al primo e

2011, n. 159, e successive modificazioni, si applicano ai casi di sequestro e confisca previsti dai commi da 1 a 4 del presente articolo, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3 *bis*, del codice di procedura penale. In tali casi l'Agenzia coadiuva l'autorità giudiziaria nell'amministrazione e nella custodia dei beni sequestrati, sino al provvedimento conclusivo dell'udienza preliminare e, successivamente a tale provvedimento, amministra i beni medesimi secondo le modalità previste dal citato decreto legislativo n. 159 del 2011. Restano comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno».

³⁹ L'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/2012 è stato abrogato dall'art. 7 d.lgs. 21 del 01/03/2018 e, come noto, in sua sostituzione è stato introdotto l'art. 240 *bis* c.p. Ed in effetti che il vuoto normativo creato dall'abrogazione suindicata sia stato colmato dagli artt. 240 *bis* c.p. e 104 *bis* disp. att. c.p.p. è stato recentemente sostenuto anche da Cass. pen., Sez. IV, 29/9/2021, n. 40554, in *C.E.D. Cass.*, n. 282063.

⁴⁰ Per un'analisi approfondita tra i due tipi di sequestro, con specifico riferimento a quello impeditivo, v., tra i tanti, BALDUCCI P., *Il sequestro preventivo nel processo penale*, cit., *passim*; BELFIORE R., *Il sequestro preventivo: tra esigenze impeditive e strumentalità della confisca*, Giappichelli, Torino, 2019; CANESCHI G., *La valutazione della gravità indiziaria per l'adozione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca*, in *RANPP*, n. 1, 2016, 13 ss.; DIDI A., *Il sequestro a fini di confisca*, in MONTAGNA M. (a cura di), *Sequestro e confisca*, Giappichelli, Torino, 2017, 163 ss.; GUIDO E., *Il sequestro preventivo penale tra principi costituzionali e vincoli sovranazionali*, Esi, Napoli, 2020; MENDOZA R., *Sequestro preventivo tipico e sequestro preventivo funzionale alla confisca*, in *CP*, 1995, 3459 ss.; MONTAGNA M., *La dinamica applicativa e la perdita di efficacia*, in MONTAGNA M. (a cura di), *Sequestro e confisca*, Giappichelli, Torino, 2017, 212 e ss.; EAD., *I sequestri nel sistema delle cantele penali*, Cedam, Padova, 2005; SCALFATI A., *L'ombra inquisitoria sul sequestro preventivo in funzione di confisca*, in *PPG*, 2016, 3, 7 ss.; VARRASO G., *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12/01/2018; VERGINE F., *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, cit., *passim*.

⁴¹ La distinzione tra i due, circa la sussistenza dell'accertamento del *periculum in mora*, è stata da ultimo superata dalle Sezioni Unite della Cassazione. Prima di quest'ultimo intervento la giurisprudenza ha per lungo tempo sostenuto che, mentre il sequestro impeditivo di cui al comma 1 interrompe, ai fini di prevenzione speciale, una situazione di pericolosità strettamente connessa al possesso del bene, nel caso di sequestro prodromico alla confisca non è richiesto alcun analogo accertamento in merito al *periculum*, essendo l'apprensione del bene direttamente ricollegata alla sua confiscabilità a prescindere dalle conseguenze che potrebbero derivare dall'uso dello stesso da parte dell'agente. Di questo avviso, cfr., in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. II, 10/12/2020, n. 2413, n.m.; Cass. pen., Sez. II, 24/10/2019, n. 50744, n.m.; Cass. pen., Sez. VI, 1/03/2018, 29539, n.m.; Cass. pen., Sez. III, 15/04/2015, n. 20887, in *C.E.D. Cass.*, n. 263408; Cass. pen., Sez. III, 17/09/2014, n. 47684, in *C.E.D. Cass.*, n. 261242; Cass. pen., Sez. II, 26/06/2014, *Ibidem*, n. 260367; Cass. pen., Sez. III, 7/7/2004, n. 38728, in *C.E.D. Cass.*, n. 229610; Cass. pen., Sez. VI, 21/10/1994, 4114, in *C.E.D. Cass.*, n. 200854; Cass. pen., Sez. I, 23/06/1993, n. 2994, *ivi*, n. 194824; Cass. pen., Sez. VI, 25/09/1992, n. 3343, *ivi*, n. 192862. Al contrario, per un secondo e diverso indirizzo, in entrambi i casi – sia nel sequestro impeditivo che in quello finalizzato alla confisca – sussiste la necessità che il giudice motivi il *periculum in mora*, esplicitando le circostanze per cui, nelle more del giudizio, la cosa confiscabile sia “modificata, dispersa, deteriorata, utilizzata o alienata”; così, Cass. pen., Sez. V, 22/07/2020, n. 25834; Cass. pen., Sez. III, 19/11/2019, n. 5530; Cass. pen., Sez. V, 14/12/2018, n. 6562; Cass. pen., Sez. II, 21/09/2016, n. 46389; Cass. pen., Sez. II, 9/11/2011, n. 43325; Cass. pen., Sez. VI, 17/03/1995, n. 1022, in *C.E.D.*, n. 201943; Cass. pen., Sez. VI, 19/01/1994, n. 151, *ivi*, n. 198258). Invero, a seguito del recente contrasto giurisprudenziale, le Sezioni unite (Cass. pen., Sez. un., 24/06/2021, n. 36959, in *C.E.D. Cass.*, n. 281848) hanno sostenuto che «il provvedimento di sequestro preventivo di beni *ex art.* 321, co. 2, c.p.p., finalizzato alla confisca di cui all'art. 240 c.p., deve contenere la concisa motivazione anche del *periculum in mora*, da rapportare alle ragioni che rendono necessaria l'anticipazione dell'effetto ablativo della confisca prima della definizione del giudizio, salvo restando che, nelle ipotesi di sequestro delle cose la cui fabbricazione, uso,

al secondo comma. Per espressa volontà legislativa, solo ai casi di sequestro finalizzati alla confisca si deve quindi applicare la disciplina prevista dall'art. 3 co. 4 L. 199/2016.

La scelta di collocare all'interno di una norma che si occupa del controllo giudiziario una prescrizione che attiene, in senso stretto, al solo sequestro preventivo finalizzato alla confisca è stata da alcuni criticata⁴², da altri assunta ad argomentazione per giustificare la natura della misura, e da altri ancora giustificata alla stregua della «identità di *ratio* che [oggi] ispira i due strumenti patrimoniali»⁴³.

Dalla lettura del comma 4 del citato articolo emerge subito un primo ostacolo interpretativo in quanto si tratta di una norma che contiene un doppio rinvio: il comma 4 rimanda, dapprima, alla disciplina prevista dal comma 4 *bis* dell'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/2012, che però, a sua volta, prevedeva (*ante* abrogazione) l'applicabilità delle disposizioni dettate dal legislatore nel Codice Antimafia per l'amministrazione, la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati⁴⁴. Il risultato finale che si otteneva era che, grazie al richiamo al codice Antimafia e alla disciplina in esso contenuta, anche nel caso in cui il giudice disponesse il sequestro preventivo di cui all'art. 321 co. 2 c.p.p., ovvero la confisca *ex art.* 603 *bis*.2 c.p. – in forza di un procedimento, a monte, di cui all'art. 603 *bis* c.p. –, l'azienda doveva comunque essere affidata alla gestione di un amministratore giudiziale all'uopo nominato. Si è così passati dalla tradizionale «custodia statica» che da sempre caratterizza le misure cautelari reali a una «gestione dinamica»⁴⁵, certamente più vicina al controllo giudiziario, al fine di scongiurare il fenomeno del collasso aziendale. È infatti ben noto come lo schema gestorio disegnato dalla legislazione antimafia superi il classico sistema ablativo-repressivo basato sulla mera apposizione di sigilli a seguito dell'avvenuto sequestro, per accogliere un modello che punta al reinserimento della società entro le maglie della legalità grazie ad una continuativa collaborazione tra lo Stato e l'impresa⁴⁶.

porto, detenzione o alienazione costituisca reato, la motivazione può riguardare la sola appartenenza del bene al novero di quelle confiscabili *ex lege*. Per un primo commento sulla pronuncia delle Sezioni Unite v., TAVASSI L., *Spunti per una disciplina costituzionalmente orientata dei sequestri preventivi*, in *AP*, n. 1, 2022.

⁴² LORUSSO S., *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 127 parla proprio di «curiosa ed eccentrica collocazione della norma», salvo poi fornire una propria interpretazione che giustifica tale scelta topografica.

⁴³ Nei medesimi termini, DELVECCHIO F., *Il controllo giudiziario dell'azienda*, cit., 147.

⁴⁴ In particolare, il rinvio viene effettuato con riferimento al titolo III del codice Antimafia, composto dal capo I (artt. 35-39) dedicato all'amministrazione dei beni sequestrati e confiscati, dal capo II (artt. 40-44) dedicato alla gestione dei beni sequestrati, dal capo III (artt. 45-49) relativo alla destinazione dei beni confiscati e dal capo IV in tema di regime fiscale dei beni sequestrati e confiscati.

⁴⁵ La dicotomia tra la custodia in senso statico e la gestione dell'azienda intesa in senso dinamico è da attribuirsi a VARRASO G., *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla Legge n. 161 del 2017*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 12/01/2018, 21.

⁴⁶ Per una ricostruzione generale dei sistemi di gestione dell'azienda in caso di applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale si v., AGIRÒ F., *Prevenzione patrimoniale (e sistema delle confische non più soltanto*

Ne deriva che l'(in)opportuna collocazione della norma non deve trarre in inganno: anche se sequestro preventivo finalizzato alla confisca e controllo giudiziario sembrerebbero avere natura parzialmente diversa, entrambi gli strumenti rispondono oggi al precipuo scopo di evitare quel danno che un'attenta dottrina aveva in passato definito come «a vittima necessaria»⁴⁷, evidenziando come, a prescindere dall'esito del procedimento, prima o poi si avrà la morte dell'azienda che potrà essere più o meno repentina. Grazie quindi al rinvio operato dal legislatore al comma 4 al codice Antimafia, anche in caso di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, l'azienda oggetto della misura ablativa deve essere co-gestita dall'autorità giudiziaria e da amministratori giudiziari altamente specializzati⁴⁸ che sono chiamati a compiere tutti gli atti idonei alla prosecuzione dell'attività, riportandola entro i binari della legalità.

4. I rapporti con il commissariamento dell'ente.

Una figura attigua, seppur diversa per ambito e presupposti applicativi, è il commissariamento dell'ente⁴⁹, che ben può essere applicato anche quale misura cautelare sostitutiva in un "procedimento 231", ai sensi dell'art. 45, co. 3, d.lgs. 231/2001.

Il commissariamento risulta essere uno strumento senza dubbio più invasivo rispetto al controllo giudiziario in quanto l'effetto della nomina e della presa in carico del mandato gestorio da parte del commissario, a differenza dell'amministratore nel controllo di cui all'art. 3 L. 199/2016, è quello di compiere una vera e propria «espropriazione temporanea dei poteri»⁵⁰ degli organi sostituiti, i quali entrano così in uno "stato di

antimafia), in CANTONE R. - DELLA RAGIONE L. (a cura di), *Diritto penale dell'antimafia*, 2021, Pacini, Pisa, 411 e ss.

⁴⁷ APRATI R., Il danno da collasso delle aziende, Sequestri e mancate confische: una sequenza infranta, in SPANGHER G. (a cura di), *La vittima del processo. I danni da attività processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2017, 375.

⁴⁸ Appare opportuno evidenziare come in realtà a fianco dell'autorità giudiziaria vi sono, oltre all'amministratore, cui è affidata la gestione dell'azienda, anche l'Agenzia nazionale per i beni confiscati, i cui compiti sono stati da poco ampliati dalla legge n. 161/2017, così come le sue funzioni di coordinamento con l'autorità giudiziaria.

⁴⁹ Per un approfondimento sulla misura del commissariamento v., ex multis, TUTINELLI V., Misure cautelari e commissariamento, problemi applicativi, in *www.Rivista231.it*, n. 4, 2008, 53 e ss.; DI GERONIMO P., Il commissariamento, il sequestro ex art. 53 comma 1 bis, l'iter cautelare, il sequestro della partecipazione societaria alla persona fisica: strumenti per «sanare» l'ente?, in *www.Rivista231.it*, n. 1, 2020, 29 e ss.; GARUTI G., FIORIO C., MAGLIOCCA G. (a cura di), Le prerogative del commissario giudiziale nominato nella fase cautelare. Giurisprudenza commentata sul D. Lgs. 8 giugno 2001 n. 231, in AP, n. 3, 2011; GARUTI G., (voce) Processo agli enti, in DDP, Agg., Utet, Torino, 2014, 606. Sia, altresì, consentito rinviare a CAMURRI V., Il commissariamento dell'ente nel "Sistema 231", in *www.Rivista231.it*, in corso di pubblicazione.

⁵⁰ Così, CERNUTO G., *Sub art. 15 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in GIARDA A. - SPANGHER G. (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, vol. III, Ipsoa, Milano, 2017, 1665. L'affermazione è stata confermata anche in giurisprudenza da, Cass. pen., Sez. VI, 22/11/2011, n. 43108, in *C.E.D. Cass.*, n. 250846.

quiescenza⁵¹, la cui cessazione coincide con il termine del mandato commissariale⁵². È, quindi, evidente la prima differenza tra i due istituti: mentre con il controllo giudiziario l'amministratore svolge una funzione di controllo sull'operato della realtà aziendale, con il commissariamento si ha una ingerenza statale totale, assumendo il commissario le redini dell'intera gestione dell'attività d'impresa oggetto della misura.

Un'ulteriore dicotomia riguarda le due condizioni cui è sottoposta l'applicabilità della misura del commissariamento. Invero, all'esito del preliminare giudizio positivo circa la sussistenza dei requisiti richiesti per disporre una misura cautelare interdittiva, il giudice deve accertare la configurabilità di alcuni, tipizzati, effetti negativi che a questa conseguirebbero (art. 15, comma 1 in forza del rinvio compiuto dall'art. 45, co. 3, d.lgs. 231/2001)⁵³. Si tratta, in altri termini, di due condizioni, alternative e speciali⁵⁴, alla sussistenza delle quali il legislatore ritiene che vi sia un pregiudizio per l'economia nazionale talmente grave da giustificare la sostituzione della misura interdittiva con il commissariamento⁵⁵.

In particolare, l'art. 15, co. 1, d.lgs. 231/2001 prevede che il giudice verifichi se l'ente per il quale si dovrebbe applicare la sanzione interdittiva da cui ne deriverebbe l'interruzione dell'attività: *a)* svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione possa provocare un grave pregiudizio alla collettività; *b)* l'interruzione possa comportare, tenuto conto delle dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione⁵⁶.

⁵¹ Pur non parlando di "stato di quiescenza", dello stesso avviso è PAOLOZZI G., *Vademecum per gli enti sotto processo*, Giappichelli, Torino, 2006, 93, che afferma che «diversamente però da quanto disposto dall'art. 2409 c.c., né l'art. 15, né l'art. 79 prevedono che il commissariamento dell'ente determini la revoca dei sindaci e degli amministratori che, pertanto, restano [quantomeno formalmente] in carica».

⁵² Dello stesso avviso sono VIGANÒ F., sub *art. 15*, in PRESUTTI A. - BERNASCONI A. - FIORIO C., *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legis. 8 giugno 2001, n. 231*, Cedam, Padova, 2008, 209 e MUCCIARELLI F., *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in PALIERO C.E. - VIGANÒ F. - BASILE F. - GATTA G.L. (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione*, Giuffrè, Milano, 2018, 2523.

⁵³ L'art. 15 comma 1 d.lgs. 231/2001 prevede, infatti, che «se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione, dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un grave pregiudizio alla collettività; b) l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione».

⁵⁴ TUTINELLI V., *Misure cautelari e commissariamento, problemi applicativi*, cit., 53.

⁵⁵ In termini molto simili, CERNUTO G., *Sub art. 15 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 1663 e ss.

⁵⁶ L'art. 15, co. 1, lett. *a)* e *b)* attua la norma di cui al n. 3 della lett. *h)* dell'art. 11 della delega che, per la verità prevedeva la nomina di un soggetto vicario allorché dall'applicazione della sanzione della interdizione anche temporanea dall'esercizio dell'attività potesse derivare pregiudizio a terzi. Se si fosse scelto di interpretare alla lettera il criterio contenuto nella delega, ne sarebbe senza dubbio derivata una sostanziale

La condizione di cui alla lett. a) riepiloga il mai sopito dibattito, quantomeno in sede amministrativa, di cosa debba intendersi per servizio pubblico e per servizio di pubblica necessità⁵⁷. Come noto, entrambe le nozioni rinviano all'esercizio di una funzione di interesse generale cui può essere preposto un soggetto, sia pubblico che privato⁵⁸, in ossequio ad una definizione cangiante di pubblica amministrazione. Tuttavia, alla luce della finalità cui mira l'istituto *de quo*, nella giurisprudenza di merito, si è fatto spesso ricorso a una interpretazione ampia del concetto di pubblica necessità la cui interruzione è suscettibile di causare un grave pregiudizio alla collettività; e ciò al precipuo scopo di ricomprendere anche attività la cui riconducibilità all'interno di tale categoria non sarebbe affatto scontata⁵⁹. Al contrario, la giurisprudenza di legittimità ha stabilito che il *discrimen* deve individuarsi sulla base della natura dell'attività svolta, rilevando tanto la disponibilità o

inapplicabilità di tutte le sanzioni interdittive atteso che la loro irrogazione avrebbe sempre comportato un pregiudizio per i terzi. Sulle ragioni che hanno portato il legislatore delegato a “correggere il tiro” v., PIERGALLINI C., *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in LATTANZI G. (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, Milano, 2010, 234, il quale dopo aver icasticamente parlato di una vera e propria «sepolcra delle sanzioni interdittive» rileva come qualunque sanzione interdittiva causa inevitabilmente un pregiudizio sui creditori che appunto sono terzi.

⁵⁷ In riferimento alla sterminata elaborazione dottrinale che ha tentato di effettuare ricostruzioni e fornire definizioni alla “tormentata” (per dirla con GIANNINI M. S., *Il pubblico potere*, Il Mulino, Bologna, 1986, in part. 69-70) nozione di servizio pubblico, si citano, senza pretese di esaustività, RENNA M., VACCARI S., *I servizi pubblici locali di interesse economico generale. Brevi riflessioni in tema di nozione, assunzione e forme di gestione a margine di un recente schema di testo unico*, in SALA G. - SCIULLO G. (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo*, ESI, Napoli, 2017, 177 ss.; MIDIRI M., *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in RTDP, 2014, I, 133 ss.; CAVALLO PERIN R., *La disciplina del servizio pubblico*, in LENTI L. (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia, Trattato di diritto di famiglia*, ZATTI P. (diretto da), Vol. VI, Giuffrè, Milano, 2012, 699 ss.; CONSITO M., *I soggetti erogatori dei servizi sociali*, in LENTI L. (a cura di), *Tutela civile del minore e diritto sociale della famiglia, Trattato di diritto di famiglia*, cit., 727 ss.; SORACE D., *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *DA*, n. 1, 2010, 1 ss.; VILLATA R., *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2008; POLICE A., *Spigolature sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in *DA*, n. 1, 2007, 79 ss.; CORSO G., *Riforma dei servizi pubblici locali?* in *NA*, nn. 4-6, 2006, 1021 ss.; PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005; MONTEDORO G., *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale*, in *DPA*, 2005, I, 75 ss.; VETRÒ F., *Il servizio pubblico a rete*, Giappichelli, Torino, 2005; VILLATA R., *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *DA*, n. 3, 2003, 493 ss.; DUGATO M., *Il servizio pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione (nota a Cons. Stato, Sez. V, 10 marzo 2003, n. 1289)*, in *GDA*, 2003, IX, 929 ss.; TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui “nuovi” servizi pubblici*, in *RIDP*, n. 5, 2002, 945 ss.; MANCINI L., *I contratti di utenza pubblica*, in *DA*, 2002, I, 113 ss.; ROMANO A., *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *DA*, n. 4, 1994, 459 ss.; RACCA G.M., *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *DA*, 1994, II, 201 ss. Quanto poi alla distinzione fra servizi pubblici e servizi di pubblica utilità si rimanda, tra i tanti, a SORACE D., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *DP*, n. 2, 1999, 371 ss. Per una disamina più strettamente connessa ai riflessi nel diritto penale, cfr. MANES V., *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2010, 8 e ss.

⁵⁸ CATTANEO C., voce *Servizi Pubblici*, in *ED*, XLII, 1990.

⁵⁹ Trib. Milano, uff. G.i.p., ord. 20 settembre 2004, con nota di CARDANI G., *Spunti di riflessione applicativi a partire dall'ordinanza del tribunale di Milano del 20 dicembre 2004*, in *www.Rivista231.it*, 2005, cui il giudice delle indagini preliminari ha disposto il commissariamento ex art 15, d.lgs. 231, per la durata di un anno, di quattro società di vigilanza accusate di corruzione e truffa aggravata nei confronti di soggetti della pubblica amministrazione (Comune e Poste).

meno di fondi vincolati a scopi pubblicistici, quanto la riconducibilità di un servizio in favore della generalità dei consociati⁶⁰.

Con riferimento poi alle rilevanti ripercussioni sull'occupazione, di cui alla lett. b), la norma specifica che si deve trattare di alterazioni sensibili sul territorio: questo comporta che la valutazione, circa il pericolo dell'eventuale effetto negativo, subisce una differenziazione a seconda del grado di disoccupazione dell'area specifica che viene in rilievo nel caso di specie⁶¹. La condizione non sussiste, al contrario, quando vi è la possibilità di assorbire la manodopera interessata in un'altra area non soggetta alla misura interdittiva e questo anche nell'ipotesi in cui vi sia un cambiamento della collocazione o delle mansioni, nel rispetto dei requisiti previsti dalla legge⁶². È evidente che l'accertamento del presupposto di cui ci si occupa presuppone valutazioni che esulano il normale profilo sanzionatorio, involgendo una «sfera di giudizio prettamente socio-economica, rispetto alla quale il giudice potrebbe avere obiettive difficoltà anche per un difetto di elementi conoscitivi»⁶³.

A fronte di queste rilevanti differenze appare infine opportuno chiedersi quale sia il rapporto tra questi due strumenti alla luce del fatto che entrambi possono essere attivati in sede cautelare. Il legislatore, invero, non si è premurato di disciplinare i loro possibili punti di contatto; e ciò nonostante un ente, quantomeno in astratto, potrebbe vedere applicata alla persona fisica (*rectius*: datore di lavoro) la misura del controllo giudiziario e parallelamente all'ente quella del commissariamento quale misura cautelare sostitutiva.

Stante il silenzio del legislatore la scelta della misura che risulti essere maggiormente *adeguata e proporzionata* non può che essere affidata alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria incaricata di disporre la misura: sarà, infatti, il giudice a dover individuare quale sia lo strumento processuale ritenuto più idoneo per l'azienda i cui lavoratori sono stati oggetto

⁶⁰ Di questo avviso, Cass. pen., Sez. VI, 27/12/2005 n. 11902, in *C.E.D. Cass.*, n. 231233. La sentenza è riportata anche, a sostegno della lettura che la giurisprudenza di legittimità fornisce alla norma in oggetto, da CERNUTO G., *Sub art. 15 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, cit., 1664.

⁶¹ Si è occupato di questa ipotesi, G.i.p. Trib. Salerno, ord. 28 marzo 2003, cit., che ha ritenuto sussistere un'alterazione sensibile sul territorio dei livelli occupazionali nel caso di una società situata in un'area caratterizzata da un elevato tasso di disoccupazione. In dottrina v., MINICUCCI G., *La sanzione sostitutiva del commissariamento giudiziale*, in CADOPPI A., CANESTRARI S., MANNA A., PAPA M. (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Utet, Torino, 2019, 3126.

⁶² DE MARZO G., *La delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica*, in CG, n. 1, 2001, 1320.

⁶³ DI GERONIMO P., *Il commissariamento, il sequestro ex art. 53 comma 1 bis*, cit., 32, il quale propone come parametro oggettivo di riferimento l'art. 1, legge 231/2002 (conversione del decreto ILVA n. 207/2012) che «nell'individuare i presupposti affinché uno stabilimento industriale sia dichiarato di interesse strategico nazionale, indica quale parametro oggettivo la presenza di quanto meno 200 lavoratori subordinati». Secondo l'autore, però, tale parametro può solo avere un «mero rilievo orientativo [in ogni caso] non [...] vincolante per il giudice chiamato a disporre il commissariamento dell'ente».

di condotte di sfruttamento lavorativo. In alcuni casi potrebbe, in effetti, essere sufficiente applicare la misura del controllo giudiziario quale misura *leviora*, mentre in altri potrebbe risultare imprescindibile operare con un'ingerenza più pregnante all'interno dell'impresa al fine di neutralizzare condotte di sfruttamento lavorativo che risultino ben radicate.