



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "MEDITERRANEA"
DI REGGIO CALABRIA**

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA, ECONOMIA E SCIENZE UMANE
DOTTORATO DI RICERCA IN "DIRITTO ED ECONOMIA"

XXXIII CICLO

CURRICULUM: DIRITTO PUBBLICO DELL'ECONOMIA

SETTORE SCIENTIFICO – DISCIPLINARE: IUS/17 DIRITTO PENALE

**LA RESPONSABILITÀ DELL'ENTE DIPENDENTE DA
REATO E LA SUA "PUNIBILITÀ"**

Tesi di Dottorato di:

Antopino CRISTALLINO
[REDACTED]

Tutor:

Chiar.mo Prof. Vincenzo NICO D'ASCOLA
[REDACTED]

Coordinatrice:

Chiar.ma Prof.ssa Carmela SALAZAR
[REDACTED]

ANNO ACCADEMICO 2019-2020

A mia madre,
con immenso amore.

Alla dott.ssa Patrizia Morabito,
mia maestra e mio esempio.

A Mariasofia,
a cui tutto è dedicato.

A Marta,
mia grande gioia.

- INDICE -

Introduzione	1
Capitolo I - La struttura dell'illecito dell'ente ed il rapporto con il reato	
1. Il d.lgs. n. 231/2001 come fonte di un illecito "proprio" dell'ente: il ruolo del reato presupposto come "evento"	9
1.1 L'ente come destinatario della funzione di orientamento della norma	13
1.2 Il rapporto tra colpevolezza e prevenzione nell'illecito dell'ente	18
1.3 Il ruolo dell'autoregolamentazione preventiva dell'ente per una compiuta colpevolezza	19
1.4 La materialità e la offensività dell'illecito dell'ente. La centralità del "comportamento aggregato" per una autentica dominabilità	32
1.5 La dominabilità soggettiva del fatto dell'ente. La colpevolezza per il fatto.....	34
1.6 Il reato presupposto quale evento specifico dell'ente e la sua prevedibilità quale presupposto di un fatto colpevole	37
2. Gli elementi oggettivi dell'illecito dell'ente	40
2.1 Il primo requisito oggettivo: i soggetti in posizione apicale...42	
2.1.1 La gestione e il controllo di fatto dell'ente	47
2.1.2 I titolari delle unità organizzative autonome	49
2.2 I soggetti in posizione subordinata	51

2.3 Il secondo requisito oggettivo: l'interesse o il vantaggio in capo all'ente	55
2.3.1 I "gruppi di società", l'interesse esclusivo dei terzi e le possibili tensioni con il principio di riserva di legge 61	
3. Gli elementi soggettivi dell'illecito dell'ente	63
3.1 Modelli di organizzazione e gestione: idoneità ed efficacia...	67
3.1.1 La "disorganizzazione" dell'ente quale elemento unificante i paradigmi punitivi previsti dagli artt. 6 e 7.....	71
3.2 La responsabilità dell'ente e i reati commessi dai soggetti apicali.....	73
3.2.1 La funzione dell'organismo di vigilanza e la condotta fraudolenta dell'apice.....	74
3.3 L'art. 7: la responsabilità dell'ente per i reati dei sottoposti...	79

Capitolo II – La dimensione della punibilità nella disciplina dell'illecito da reato dell'ente

1. Il sistema sanzionatorio a carico dell'ente e le sue ragioni ispiratrici	82
1.1 Le funzioni delle sanzioni a carico dell'ente: tra repressione e prevenzione	83
1.2 Il sistema "trinario" dell'apparato sanzionatorio e la funzione di chiusura dell'art. 83	85

1.3 I fatti di particolare tenuità: la particolare tenuità del danno patrimoniale ex art. 12, c.1, l. b come circostanza attenuante della sanzione pecuniaria e causa oggettiva di esclusione delle sanzioni interdittive	89
2. La confisca obbligatoria ex art. 19 e la funzione di deterrenza. La opportunità della riduzione dell'area della confiscabilità	95
3. La disciplina della pluralità di illeciti: tra cumulo giuridico delle sanzioni pecuniarie e disciplina “di favore” per le sanzioni interdittive.....	98
4. Il sistema della punibilità delineato dal d.lgs. n. 231/2001 e le “deviazioni” prasseologiche	102
5. L'esimente prevista dall'art. 6: la teoria della identificazione organica e la neutralizzazione del filtro selettivo della colpa di organizzazione	104
5.1 Autoregolamentazione preventiva, assenza di parametri di idoneità e “governo” del giudice. La colpevolezza come rimedio	106
6. Il duplice “volto” del modello compensativo: il post fatto ex art. 17 come causa di estinzione delle sanzioni interdittive e il post fatto ex art. 78 come presupposto della conversione	108
6.1 Il “cortocircuito” della legge n. 3/2019: tra inasprimento e premialità.....	111
7. Il d.lgs. n. 231/2001 e la regola del cumulo delle responsabilità in	

una prospettiva di allocazione razionale. “Luci” ed “ombre”	113
7.1 La disciplina della prescrizione come causa di estinzione dell’illecito dell’ente: decumulo di responsabilità e profili di criticità di un regime “simil civilistico”	114
7.2 Sede penale dell’accertamento, rinvio alla disciplina civilistica e “vulnus” al diritto di difesa dell’ente	117
7.3 L’istituto della decadenza dalla contestazione di cui all’art. 60 come “ponte” tra la prescrizione del reato presupposto e l’ente	120
8. Il recesso attivo ex art. 26, c.2 come causa di non punibilità sopravvenuta	121
9. Le vicende modificative dell’ente: la disciplina prevista dagli artt. 28 ss	125
9.1 Questioni preliminari: divergenza o analogia della disciplina parapenale delle vicende modificative con gli altri settori dell’ordinamento	126
9.1.1 La sanzione per l’ente modificato e il principio di personalità	127
9.1.2 Il concetto di “identità” dell’ente quale criterio di ascrizione della responsabilità <i>ex crimine</i> degli enti	129
9.2 La trasformazione	131
9.3 La fusione. “L’infelice” formulazione dell’art. 29 con riferimento all’ente “estraneo” all’illecito pregresso	133
9.3.1 La disciplina degli artt. 42 e 70 c.1 come conferma della successione nella responsabilità	134
9.4 La scissione. Un possibile “cortocircuito” nella disciplina degli	

effetti di cui agli artt. 30 e 42	136
9.4.1 La funzione del criterio della “cessione del ramo di attività” nell’accertamento della continuità dell’ente.....	139
9.4.2 Il criterio della “titolarità attuale del ramo” e la possibile estensione alle fattispecie della trasformazione e della fusione	141
9.5 La cessione d’azienda: la responsabilità “sussidiaria” del cedente.....	142
10. Le vicende estintive dell’ente nel silenzio del d.lgs. n. 231/2001	144
10.1 La cancellazione della società dal registro delle imprese: natura costitutiva degli effetti della cancellazione alla luce della riforma del diritto societario del 2003	145
10.1.1 La cancellazione come causa sopravvenuta di estinzione dell’illecito analoga alla ‘morte del reo’: il principio di personalità come limite alla sanzionabilità di un ente estinto	147
10.1.2 Le ragioni della mancata estensione della disciplina prevista dagli artt. 28 ss alla vicenda estintiva	149
10.2 La responsabilità da reato dell’ente e il fallimento.....	150
10.2.1 La esclusione di effetti estintivi della fattispecie fallimentare: le ragioni ostative dell’equiparazione del fallimento alla “morte del reo”; in particolare, il privilegio a favore dello Stato previsto dall’art. 27, c.2	151
10.2.2 L’inoperatività del divieto di intrasmissibilità delle sanzioni agli eredi.....	154

10.2.3 La eseguibilità della sanzione pecuniaria	155
11. Il versante processuale della punibilità dell'illecito dell'ente nella dimensione della c.d "contrattualizzazione della pena"	157
11.1 La presunzione di responsabilità ex art. 6 e l'applicazione delle misure cautelari interdittive	158
11.2 La disciplina dell'archiviazione ex art. 58: l'assenza di un vaglio giudiziale	160
11.3 Il giudizio abbreviato: il vaglio di compatibilità.....	162
11.3.1 I presupposti speciali negativi del rito e il presupposto ordinario della richiesta	163
11.3.2 Il controllo del giudice	166
11.3.3 Possibili rimedi avverso il rigetto della richiesta	167
11.4 L'applicazione della sanzione su richiesta: il campo elettivo delle sanzioni pecuniarie	168
11.4.1 Il rapporto con il corrispondente istituto ex art. 444 c.p.p	169
11.4.2 Il silenzio del legislatore sugli effetti premiali	171
11.5 Il procedimento per decreto	173
11.5.1 I presupposti	174
11.5.2 La richiesta del PM e il filtro del giudice	176
11.5.3 Gli effetti premiali del decreto	178

Capitolo III – Il rapporto tra la punibilità dell'ente e la punibilità del reato

1. La regola del cumulo delle responsabilità: <i>ratio</i> e legittimazione costituzionale alla luce del principio di colpevolezza.....	181
--	-----

2. Le cause di non punibilità del reato e la “sopravvivenza” della punibilità dell’ente: giustificazioni teoriche e irrazionalità ed ineffettività pratiche.....	183
2.1 Il decumulo di responsabilità sancito dal principio di autonomia della responsabilità dell’ente ex art. 8	185
2.1.1 La responsabilità autonoma dell’ente per estinzione del reato presupposto: il ruolo del principio di personalità.....	187
2.1.2 La responsabilità autonoma dell’ente in caso di illecito penale incompleto per difetto di imputabilità o mancata identificazione dell’autore del reato: la <i>quaestio</i> della estensione della nozione c.d “fatto di connessione”	189
2.2 La potenziale incidenza della disciplina del concorso di persone sulla punibilità dell’ente: l’illecito dell’ente come illecito autonomo paraconcorsuale	193
2.2.1 Le ragioni di tale ricostruzione teorica	196
2.2.2 La applicazione del regime estensivo previsto dall’art. 119 c.p all’ente quale conseguenza della natura (para)penale dell’illecito.....	197
2.3 Il correttivo della teoria della punibilità come quarto elemento del reato e la esclusione della responsabilità dell’ente per difetto del reato presupposto	199
3. La causa oggettiva di non punibilità della particolare tenuità del fatto ex art. 131 <i>bis</i> c.p e la mancata estensione all’ente.....	200
3.1 Le ragioni teoriche a sostegno e contro tale conclusione alla luce della distinzione tra “punibilità in astratto” e “punibilità in concreto”.....	201
3.2 La irragionevolezza della esclusione in chiave sistematica: l’art. 2621ter c.c e l’ineffettività della tutela	205

4. La dimensione delle condotte riparatorie nella disciplina del reato e dell'illecito <i>ex crimine</i> dell'ente	207
4.1 I reati procedibili a querela	209
4.2 La causa sopravvenuta soggettiva di estinzione della condotta riparatoria ex art. 162ter c.p	211
5. La causa di non punibilità sopravvenuta della “messa alla prova”: tra <i>extrema ratio</i> e sussidiarietà secondaria	213
5.1 La mancata estensione all'ente	214
5.2 La tesi estensiva: le ragioni special preventive a sostegno della sua “esportazione” all'ente	217
6. La oblazione: causa estintiva delle contravvenzioni nel contesto delle cause di non punibilità del reato	223
6.1 Autonomia della responsabilità da reato dell'ente e oblazione del reato presupposto	225
7. La collaborazione processuale: causa soggettiva di non punibilità susseguente e circostanza attenuante nel diritto penale individuale	226
7.1 Le ragioni di opportunità della previsione di meccanismi premiali per la collaborazione dell'ente e possibili cause ostative.....	228
Conclusioni	231
Bibliografia.....	243

- Introduzione -

Il tema della responsabilità punitiva diretta delle persone giuridiche affonda le sue radici in complesse riflessioni che involgono barriere dogmatiche, il cui superamento ha impegnato ed impegna tutt'ora gli interpreti nel tentativo di armonizzare la responsabilità dell'ente con i principi ispiratori del modello punitivo. Il rischio di introdurre inaccettabili modelli antropomorfizzanti è sempre latente, modelli che non consentono di valorizzare le precipe istanze di cui è portatrice la realtà della persona giuridica.

Il superamento del principio *societas delinquere non potest* ad opera del d.lgs. n. 231/2001, pur potendo assurgere a momento conclusivo di una compiuta riflessione, costituisce, in verità, il punto di avvio di una lunga *querelle* intorno a plurime questioni lasciate aperte dall'intervento di riforma, che vanno dai soggetti responsabili alla natura e struttura dell'illecito dipendente da reato dell'ente.¹

La svolta del 2001 si inserisce in una cornice internazionale aperta alla punizione della persona giuridica in ragione del crescente fenomeno della criminalità di impresa che si mostra quale patologia della vita economica, fenomeno che non solo impone un intervento sanzionatorio diretto della *societas*, ma che richiede in una prospettiva di globalizzazione una risposta coordinata e uniforme a livello internazionale.² Risposta che ha incontrato le resistenze del

¹ Per un approfondimento VIGANÒ, *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, in *Libro dell'anno del diritto 2012*

² Vedi MARINUCCI, "*Societas puniri potest*": *uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, 1192 ss.

mondo della impresa, restio ad accogliere un complesso *corpus* normativo percepito come mero onere a carico dell'ente che distoglie risorse economiche e professionali dagli obiettivi efficientisti del mondo imprenditoriale.³

Sull'ente grava, infatti, un onere di autoregolamentazione mediante la predisposizione di adeguati modelli preventivi che costituiscono un '*autentico supporto materiale del dovere organizzativo*' che richiede di mappare il rischio e di predisporre adeguate cautele dirette a ridurre l'incidenza delittuosa nell'ambito e nel contesto della organizzazione collettiva.⁴ Il legislatore abdica ad un ruolo di monopolista, tradizionalmente riservato al potere pubblicistico, coinvolgendo l'ente privato in un processo di regolamentazione preventiva, senza, tuttavia, fornire degli utili standards cui attenersi nella loro predisposizione, così da rendere esiguo il momento dei benefici.⁵ Si onera l'ente di una 'costosa' attività di *report* e predisposizione di cautele cui non fa seguito un altrettanto significativo meccanismo premiale.

Il ruolo dei modelli di prevenzione si apprezza non solo sul versante sin qui menzionato, ma anche sul versante della colpevolezza dell'ente, la cui esatta intelligenza ruota intorno alla centralità del modello nell'economia dell'illecito ascritto all'ente.

Illecito della cui natura si è ampiamente discusso in dottrina, divisa tra tesi formalistiche che valorizzano il *nomen iuris* di responsabilità amministrativa⁶ e tesi che evocano la natura autenticamente penale

³ In tal senso FORTI, *Uno sguardo ai piani nobili del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2012, 1252

⁴ Vedi PALIERO-PIERGALLINI, *La colpa di organizzazione*, in *La resp.amm.soc.ent.*, 2006, 173 ss.

⁵ Per un ampio approfondimento AMODIO, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass.pen.*, 2005, 320 ss.

⁶ Vedi MARINUCCI, *Societas puniri potest, op.cit.*, 1203 ss.

della responsabilità in analisi⁷ cui consegue la applicazione del corredo di garanzie che diverge in funzione della natura riconosciuta all'illecito.⁸ Nel tentativo di fornire una adeguata risposta alla questione di cui ora non può prescindere dagli innegabili influssi della giurisprudenza convenzionale nella individuazione della c.d materia penale quale ambito di illeciti cui riferire uno statuto minimo di garanzie a prescindere dalla qualificazione formale ricevuta. Di talché, si preferisce quella ricostruzione che riconosce alla responsabilità *ex crimine* dell'ente collettivo natura para penale in ragione dell'afflittività del sistema sanzionatorio che depone inequivocabilmente verso un “modello punitivo minimo”.⁹

Così acquisita la natura para penale dell'illecito a carico della persona giuridica, si valorizza la struttura dell'illecito dell'ente come illecito autonomo ove è possibile isolare un fatto proprio della *societas* da individuarsi nel fatto di disorganizzazione derivante dal comportamento aggregato dei suoi componenti, di cui è predicabile una autentica colpevolezza *sub specie* di raffronto con un modello standard di cautele e di prevedibilità del reato commesso dalla persona fisica. In tale contesto il reato presupposto assurge a ruolo di evento dell'illecito dell'ente cui si rimprovera di non aver impedito la consumazione al suo interno di un reato prevedibile ed evitabile in concreto.

⁷ In tal senso CARMONA, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, 208

⁸ Per le conseguenze in punto di regime DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 324 ss.

⁹ Vedi MANNA, *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo*, in FIORELLA-GAITO-VALENZANO, *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. Anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, 25 ss.

Ricostruito così l'illecito della persona giuridica come fattispecie colpevole di evento ed i relativi elementi costitutivi oggettivi e soggettivi nel corso del primo capitolo, nel secondo capitolo l'attenzione si sposta su una attenta analisi della dimensione della punibilità nella disciplina dell'illecito para penale dell'ente. Punto di avvio di qualsiasi riflessione sul momento punitivo dell'ente è il sistema sanzionatorio, informato ad una costruzione trinatoria delle sanzioni ed, in particolare, delle sanzioni pecuniarie, delle sanzioni interdittive e di 'altre' sanzioni, tra cui spicca la confisca che si afferma con una forte carica sanzionatoria.

Tale sistema sanzionatorio mostra significativi tratti marcatamente afflittivi che hanno impegnato il legislatore prima e l'interprete poi a ricostruire adeguati meccanismi di esonero di responsabilità dell'ente, meccanismi spesso traditi dalla disomogenea applicazione pratica. In particolare, si fa riferimento al valore esimente della previsione di cui all'art. 6, d.lgs. n. 231/2001, che segna la centralità nel sistema della punibilità dell'ente dei modelli organizzativi, nonché alla disciplina della prescrizione che, ispirata ad un modello civilistico, si disallinea rispetto al regime del reato presupposto divenendo fonte di numerosi aspetti critici con un trattamento irragionevolmente deteriore a carico della persona giuridica. Significative sono, poi, le previsioni attenuanti o di esclusione delle sanzioni interdittive riservate alle condotte riparatorie *post factum* dell'ente.

Una specifica attenzione è, inoltre, riservata alle vicende modificative che coinvolgono l'ente, la cui disciplina contenuta nel decreto 231 va coniugata con la riconosciuta natura para penale

dell'addebito di responsabilità che impone di individuare un criterio di continuità sostanziale d'azione che giustifichi o escluda la persistenza della responsabilità. In tale contesto si valorizza, nella disciplina delle vicende modificative e della loro incidenza sulla punibilità, il ruolo essenziale del principio personalistico che deve orientare l'interprete anche nell'analisi della cancellazione dal registro delle imprese e del fallimento che non sono oggetto di espressa previsione nel sistema 231.

La dimensione della punibilità dell'ente è interessata, inoltre, dalle vicende processuali che danno luogo a forme di contrattualizzazione della pena, incidendo significativamente sul momento sanzionatorio. Sicché, si è proceduto con l'analisi di quegli istituti processuali che già in sede di processo a carico della persona fisica refluiscono sul profilo sanzionatorio. Parallelamente si è dato spazio all'analisi delle peculiarità processuali che afferiscono alla punibilità della persona giuridica, come la disciplina dell'archiviazione che diverge dal corrispondente istituto previsto dal codice di rito o l'applicazione in funzione cautelare delle sanzioni interdittive.

Così analizzati gli indici normativi riferibili alla punibilità dell'ente, nell'ultimo capitolo si è provveduto ad indagare il rapporto tra la punibilità del reato e la responsabilità dell'ente. Centrale nell'economia dell'analisi in questione diviene la previsione di cui all'art. 8, d.lgs. n. 231/2001, che, a dispetto di qualche voce dottrina di segno contrario, costituisce norma essenziale nel modello punitivo dell'ente, in quanto afferma il principio di autonomia della responsabilità dell'ente, la quale è insensibile alla

mancata identificazione dell'autore del reato presupposto o al suo difetto di imputabilità, nonché alla estinzione di tale reato per una causa diversa dall'amnistia. Si tratta di una regola che influenza il rapporto tra la responsabilità *ex crimine* dell'ente collettivo e le singole cause di non punibilità in senso lato, come le condotte riparatorie, la particolare tenuità del fatto, la oblazione, la messa alla prova, le quali sembrano trovare nel principio di autonomia un limite invalicabile all'estensione alla persona giuridica, nonostante taluni tentativi esegetici volti a garantirne gli effetti anche a favore dell'ente collettivo.

In tale ottica estensiva si è dato atto di una interessante posizione teorica di autorevole dottrina che ricostruisce l'illecito dell'ente come un illecito concorsuale, il quale evidenzia, tuttavia, delle criticità che inducono parte della dottrina a introdurre un correttivo che consente di qualificare la responsabilità dell'ente come responsabilità per un illecito autonomo paraconcorsuale sulla base di un modello già sperimentato dal legislatore all'art. 57 c.p.

Nonché, si è fatta menzione della teorica quadripartita, la quale individuando nella punibilità un elemento costitutivo del reato esclude, laddove intervenga una causa di non punibilità nella vicenda punitiva che riguarda la persona fisica, che sia integrato il reato presupposto così da impedire il sorgere della responsabilità dell'ente già nell'*an*.

Così analizzati i rapporti tra la punibilità del reato e la punibilità dell'ente, si mostra uno stato dell'arte alquanto insoddisfacente che impone una adeguata ed attenta riflessione *de iure condendo* su una compiuta disciplina della non punibilità della *societas*, categoria

trascurata nonostante l'ampio sforzo che viene richiesto all'ente in sede di assunzione del rischio di reato. Il rischio di implosione del sistema 231 si apprezza laddove si consideri come il 'peso' di cui l'ente è onerato sia in fase di prevenzione del rischio reato sia in fase di 'punizione' del reato commesso, rischi di disincentivare quella delega di funzioni in cui si concretano i modelli di prevenzione. Di talché, pare ormai non più rinviabile una autentica ed effettiva valorizzazione del momento premiale per l'ente così da incentivare meccanismi virtuosi e da rendere in una logica "costi-benefici" maggiormente conveniente l'adesione al circuito delle legalità piuttosto che la sua violazione.

CAPITOLO I

La struttura dell'illecito dell'ente ed il rapporto con il reato

1. Il d.lgs. n. 231/2001 come fonte di un illecito “proprio” dell'ente: il ruolo del reato presupposto come “evento”

La introduzione con il d. lgs. n. 231/2001 di una responsabilità ‘diretta’ dell'ente, se da un lato è stata salutata con unanime favore dagli interpreti stante la ineluttabilità di un intervento normativo diretto a disciplinare il sempre più emergente fenomeno della ‘criminalità d'impresa’, dall'altro ha innescato un ampio dibattito su numerosi profili problematici emersi in sede di attuazione della delega legislativa.

In tal senso il legislatore domestico, sospinto da crescenti pressioni internazionali che reclamavano la espressa previsione di un diritto punitivo della *societas* per neutralizzare il rischio di ‘sacche di impunità’, ha forgiato un intervento riformatore non preceduto, secondo molti commentatori,¹⁰ da una adeguata riflessione scientifica con la conseguente difficoltà di confrontarsi con un modello punitivo nuovo con strumenti dogmatici di precipua matrice individualistica. L'assenza di una compiuta e sistematica riflessione si intravede in più punti dell'intervento legislativo che a vent'anni dalla sua introduzione continua ad alimentare numerosi dibattiti che mostrano l'infelicità di alcune scelte di politica legislativa e l'incompletezza della normazione in più punti, che meritano una adeguata considerazione

¹⁰ In tal senso si esprime BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta.. o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul < sistema 231 >*, in BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016

riformatrice. Dibattiti acuiti dalle deviazioni ‘prasseologiche’ le quali offrono la rappresentazione di una giurisprudenza interna refrattaria a confrontarsi con la struttura teorica del modello di punizione dell’ente a favore di logiche marcatamente punitive, cui sono piegati taluni baluardi essenziali della responsabilità in commento.

In primo luogo, la natura della responsabilità dell’ente ha costituito il ‘centro nevralgico’ di ogni dibattito, in quanto dalla soluzione adottata conseguono plurimi effetti in punto di principi applicabili, di garanzie, di punibilità. Si tratta di una *querelle* ormai sopita nel senso del tendenziale riconoscimento della natura *para* penale di tale responsabilità in ragione di un approccio sostanzialista perorato dalle Corti sovranazionali, le quali guardano agli effetti dell’apparato punitivo, piuttosto che alla fonte dello stesso, quale criterio di qualificazione.¹¹ Sicché, i c.d criteri Engel, elaborati dalla giurisprudenza della Corte Edu, impongono di concludere nel senso di riconoscere tale natura, in ragione ed in funzione del carico sanzionatorio particolarmente afflittivo per l’ente, come nel seguito della trattazione sarà approfondito.¹²

Un ‘fronte aperto’, oggetto di vivaci discussioni, è dato dalla struttura dell’ente e, specificamente, dal ruolo del reato presupposto all’interno di essa, da cui dipende la qualificazione del modello ex d.lgs. n.231 come mero meccanismo di imputazione del reato della persona fisica all’organismo collettivo o come fonte di un autonomo illecito dell’ente. Si tratta, orbene, di stabilire sulla base di un dato normativo ambiguo se l’ente risponda del medesimo reato della persona fisica o di un illecito autonomo, il quale

¹¹ Per una efficace sintesi del dibattito e della indefettibilità della natura *para* penale della responsabilità in commento si veda MANNA, *La responsabilità dell’ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo*, in FIORELLA – GAITO – VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell’ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni*, Roma 2018

¹² PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, 416-417

assorba il reato presupposto. Il dibattito menzionato pare di non poco momento in quanto carico di implicazioni agli effetti della giurisdizione, del regime sanzionatorio, della dimensione della punibilità e del sistema sanzionatorio, terreno su cui si misura la effettività e la razionalità del sistema punitivo introdotto.¹³

Secondo una prima tesi, oggetto di successivo approfondimento, che ha trovato qualche riscontro nella giurisprudenza cautelare di legittimità,¹⁴ la responsabilità dell'ente si inscriverebbe all'interno di una fattispecie plurisoggettiva *sui generis*, cui concorrono la persona fisica e la persona giuridica in ragione di differenti criteri di imputazione.¹⁵ Si tratterebbe di un paradigma informato ad una tipicità collettiva di cui l'ente risponderebbe per una colpevolezza propria dinnanzi ad una condotta animata da finalismo collettivo espresso dai criteri dell'interesse e del vantaggio.¹⁶ Tuttavia, militano in senso contrario numerosi indici normativi in cui il legislatore ricorre a locuzioni che distinguono tra reato ed illecito dell'ente,¹⁷ che sembrerebbero deporre nel senso di 'immaginare' due illeciti, di cui risponderebbero autonomamente la persona giuridica e la persona fisica. Inoltre, essa postula l'equivalenza tra agire umano e collettivo difficilmente sostenibile, in quanto dovrebbe rivelare una omogeneità in termini di disvalore tale da legittimare una fattispecie concorsuale. Ad ogni modo, è con evidenza non accolta dal legislatore, il quale nell'articolato normativo ha ommesso qualsiasi richiamo alla disciplina di cui agli artt. 110 ss c.p

¹³ Cfr. PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente. Vuoti normativi, incertezze, giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Arch.pen.*, 1/2016

¹⁴ Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, Fisia impianti Spa e altri, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008 1738 ss.

¹⁵ PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, PALAZZO (a cura di), Padova 2004, 19 ss.

¹⁶ In tal senso PALIERO, *op. ult. cit.*, 25

¹⁷ Si pensi, in tal senso, all'art. 15, c.2 ove si parla di 'illecito commesso', o all'art. 10 ove si fa riferimento all'illecito dipendente da reato.

Secondo una ulteriore tesi ¹⁸ l'art. 8, d. lgs. n. 231/2001 depone nel senso dell'autonomia dell'illecito addebitato all'ente e della distinzione della sua responsabilità da quella dell'individuo autore del reato presupposto, sicché il rimprovero mosso all'ente si fonda su un *deficit* di organizzazione e il reato presupposto costituisce una condizione obiettiva di punibilità. Di fatti, introduce il principio di autonomia della responsabilità dell'ente, chiarendo come quello dell'ente costituisca un titolo autonomo, pur presupponendo la commissione di un fatto di reato il cui autore persona fisica non rileva ai fini della disciplina in esame.¹⁹

Tuttavia, anche avverso tale tesi si pongono una serie di indici testuali di segno contrario, come ad esempio l'art. 2 ove si fa riferimento alla responsabilità dell'ente per un fatto costituente reato.²⁰ Inoltre, non consente di cogliere il disvalore espresso dal reato commesso attorno a cui costruire la colpevolezza dell'ente, pena la surrettizia introduzione di forme di responsabilità oggettive insostenibili in ogni paradigma punitivo.²¹

Sicché, una soluzione soddisfacente non può che individuarsi in funzione dei principi fondamentali che delineano lo statuto costituzionale del reato ed, in particolare, in funzione dei principi di materialità e colpevolezza, che impongono di ricostruire l'illecito dell'ente nei termini di un fatto proprio, dominabile e colpevole. Una tale ricostruzione ermeneutica, che si giustifica alla luce di numerose considerazioni che saranno oggetto di immediata analisi, propone una struttura essenzialmente unitaria ed autonoma dell'illecito dell'ente, ove il reato della persona fisica costituisce 'l'evento'.

¹⁸ Vedi MUCCIARELLI, *Dir.pen.proc.*, 2001, 4

¹⁹ Cfr. BELLACOSA, *Art. 8. Autonomia della responsabilità dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Bologna 2014

²⁰ Si esprime nel senso dell'omesso impedimento colposo del reato DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito dell'ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, 1126 ss.

²¹ Vedi VILLANI, *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli 2016, 159 ss.

Di talché, pare corretto riferirsi all'illecito dell'ente come 'paraconcorsuale', ossia come illecito autonomo, ma incentrato sull'omissione degli strumenti di controllo necessari a impedire la commissione di reati, attribuendo in tal senso rilievo al difetto di organizzazione che altrimenti non rilevarebbe in sé.²² Si tratta di un modello non sconosciuto al nostro sistema penale, ove l'art. 57 c.p disciplina la responsabilità del direttore o del vice-direttore responsabile dei reati commessi a mezzo stampa, i cui elementi costitutivi sono dati dal fatto colposo di omesso controllo, avvinto da un nesso di derivazione eziologica all'evento dato dal reato commesso dall'autore della pubblicazione. Un modello che si legittima in funzione di considerazioni di sistema di seguito immediatamente approfondite.

1.1 L'ente come destinatario della funzione di orientamento della norma

La personalizzazione dell'illecito dell'ente costituisce un obiettivo ineludibile in un contesto di armonizzazione delle garanzie nei settori di disciplina che si connotano per la afflittività delle conseguenze sanzionatorie, le quali convergono verso un unico sistema di diritto punitivo.²³ In tal senso, ad oggi appare innegabile l'intervento della giurisprudenza sovranazionale, la quale introduce un diffuso e uniforme livello delle garanzie in forza di indici sostanziali che rivelino una

²² In tal senso si esprime PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente*, op. cit., 10

²³ Vedi DE SIMONE, *La responsabilità da reato della società nell'ottica dei principi costituzionali*, in MONGILLO-STILE-STILE G., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d. lgs. n. 231/2001*, Napoli, 2013, 261 ss.

omogeneità effettuale, a prescindere dalla qualificazione formale impressa dai singoli ordinamenti.²⁴

Per di più, se si volge lo sguardo a settori differenti dal diritto punitivo in senso stretto, caratterizzati da una logica riparatoria più che sanzionatoria, è innegabile come anche in essi le esigenze di una parziale personalizzazione dell'illecito che attiva un rimedio parasanzionatorio ormai si impongono come necessarie per assicurare una coerenza sistematica e la conformità agli input europei.²⁵ Di talché, tali esigenze si palesano in termini ancora più stringenti per l'ente, la cui responsabilizzazione lo rende soggetto dell'ordinamento e non mero destinatario di una sanzione ed, in quanto tale, destinatario di diritti e garanzie.²⁶

Le radici etimologiche della parola 'responsabilità', dal latino *respondere* che suggerisce un movimento inverso rispetto allo *spondere*, rafforzano ulteriormente la convinzione di una necessaria e compiuta personalizzazione dell'illecito dell'ente, in quanto evocano l'idea di una risposta solenne alla 'rottura' di un dato equilibrio. La responsabilità, pertanto, si traduce in una risposta che implica un giudizio di valori di particolare rilevanza, ove la compressione della sfera giuridica del destinatario di tale 'risposta' reclama un requisito soggettivo minimo in termini di personalizzazione, pena l'assenza di giustificazione razionale e di proporzionalità.

Un breve riferimento alle più significative esperienze europee mostra una linea di tendenza uniforme nel senso di rappresentare e soddisfare istanze di

²⁴ Si fa riferimento, come pare ovvio, alla giurisprudenza della Corte Edu che, a partire dalla formulazione dei c.d criteri Engel, ha avviato una incessante, quanto necessaria attività di uniformizzazione minima delle garanzie all'illecito, comunque denominato, che si connoti per la generalità dei destinatari, per le conseguenze afflittive e per il carattere repressivo.

²⁵ Si pensi, in tal senso, alla settore della responsabilità aquiliana, ove le originarie forme di responsabilità per fatto altrui, come concepite dal legislatore e rese tali nella Relazione al c.c., sono trasformate in via interpretativa in forme di responsabilità per fatto proprio dominabile dall'autore.

²⁶ Cfr. FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Torino 2018, 2

personalizzazione della responsabilità della organizzazione collettiva, una volta ammessa la sua soggezione alle conseguenze sanzionatorie dell'illecito.²⁷ In tal senso, particolarmente significativa risulta essere la esperienza dell'ordinamento inglese ove è possibile tracciare una linea evolutiva che segna la crescente consapevolezza della necessaria personalizzazione di tale forma di responsabilità. Il modello inglese si fondava *ab origine* essenzialmente su due criteri: il 'criterio della identificazione', per cui la persona fisica si fonde con la persona giuridica nella commissione del reato dando luogo ad una forma di responsabilità per identificazione dolosa o colposa con conseguente trasferimento all'ente dell'elemento soggettivo della persona fisica²⁸, criterio che si affiancava al modello della 'responsabilità vicaria', per cui l'ente risponde dell'illecito commesso da qualsiasi soggetto nello svolgimento di un'attività connessa al suo incarico e nell'interesse dell'ente, a prescindere dalla prova di un autonomo contributo alla realizzazione del reato.²⁹ Tale microsistema si è mostrato ben presto insostenibile in riferimento ai c.d 'reati ibridi', ossia ipotesi di responsabilità colposa, caratterizzati da una inversione dell'onere probatorio, realizzando delle ipotesi di colpa presunta, che in realtà celano logiche tipiche della responsabilità oggettiva.³⁰ Si tratta di reati che consentono al presunto reo di andare esente da responsabilità in caso di assolvimento dell'*onus probandi* circa la diligenza della condotta tenuta, esenzione che evidentemente fa emergere un'autonoma ricostruzione dell'elemento soggettivo in capo all'ente, nello specifico di autonoma colpa fondata sul difetto di organizzazione.

²⁷ Per un ampio excursus sul punto si veda VILLANI, *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione'*, *op. cit.*, 14 ss.

²⁸ In tal senso si veda PALIERO, *La società punita. Del come, del perché e del per cosa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, 1522

²⁹ Cfr. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, 312-313

³⁰ Vedi LOTTINI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano 2005, 94-96

Sulla scorta di tali indirizzi, molteplici sono le istanze per una più compiuta personalizzazione della responsabilità dell'ente, in ragione di cui si sono introdotti nuovi elementi di colpevolezza all'interno delle c.d. *Organization theories*, ossia dalla colpevolezza 'aggregata', come somma delle colpevolezze dei singoli componenti, alla colpevolezza d'impresa.³¹

Una parziale similitudine evolutiva si riscontra anche nell'ordinamento francese, ove nel disegno del legislatore l'ente dovrebbe rispondere di 'rimbalzo' per il reato commesso dalla persona fisica sulla base di un nesso di imputazione di carattere meramente oggettivo, integrando una responsabilità da posizione.³² Tramite interventi manipolativi pretori si è giunti anche nell'esperienza *d'oltre alpe* all'autonomizzazione della responsabilità della *societas* rispetto all'accertamento di un reato, completo in tutti i suoi elementi costitutivi, ascrivibile alla persona fisica, mediante il superamento della c.d. teoria della rappresentazione. Seppur tali sviluppi costituiscano un rilevante momento di 'rottura' in punto di colpevolezza e nonostante sia fecondo il dibattito scientifico in tema di valorizzazione delle componenti soggettive dell'illecito, le soluzioni adottate 'cedono' a schemi presuntivi della colpevolezza.³³

Tale 'sguardo' comparatistico consente di focalizzare un dato cruciale ai fini della riflessione sin qui svolta: la tensione verso lo sviluppo di una autentica colpevolezza dell'ente quale presupposto necessario in ragione dei contenuti dei sistemi sanzionatori. Orbene, se l'ente diviene destinatario di una sanzione (para) penale, essa costituisce una forma di reazione ad una lesione soggettivamente rimproverabile all'agente.³⁴ In tal senso si coglie il rapporto

³¹ Cfr. PALIERO, *La società punita*, *Op.cit.*, 1523

³² In tal senso si esprime PALIERO, *La società punita*, *Op.cit.*, 1524

³³ Vedi MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018, 216 ss.

³⁴ In tal senso MASUCCI, *I principi generali del sistema sanzionatorio*, in FIORELLA-GAITO-VALENZANO, *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. Anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, 144-145

tra norma e destinatario di essa da concepirsi in termini di ‘relazione di orientamento’, nel senso che qualsiasi affermazione di responsabilità da illecito presuppone la concreta possibilità del soggetto di conformare la propria condotta al precetto, il quale solo per tale via assolve alla sua funzione di orientamento.³⁵ Sicché tale destinatario non si pone in termini di passività rispetto ai modelli di comportamento espressi dalla norma, ma si pone quale soggetto responsabile dinnanzi ai valori espressi da tali modelli.³⁶ Se appare indefettibile un necessario collegamento oggettivo tra soggetto passivo delle conseguenze punitive e fatto espressivo del rifiuto dei valori espressi dalla norma violata, sicché il fatto ‘debba appartenere al soggetto’,³⁷ la effettività della funzione di orientamento conseguente alla minaccia della sanzione si fonda sulla conoscibilità del precetto da parte dell’autore.³⁸ Pertanto, il rimprovero di colpevolezza cui è riferibile ogni illecito penale o para penale costituisce manifestazione degli ineludibili principi di garanzia della democraticità, legalità e irretroattività, i quali impongono che il soggetto si ponga in rapporto di appartenenza con il fatto rimproverato.³⁹ Tali considerazioni brevemente richiamate, su cui si è a lungo e più efficacemente spesa la scienza penalistica, si impongono anche per il soggetto collettivo, qualora esso divenga destinatario di una risposta sanzionatoria di matrice punitiva e non meramente riparatorio compensativa. Orbene, mediante la sottoposizione ad una tale risposta la persona giuridica diviene soggetto dell’ordinamento e delle relazioni sociali ed, in quanto tale, non si giustifica la esclusione del corredo di garanzie proprie della persona fisica, rispetto a cui le differenze ontologiche che

³⁵ Così FIORELLA-SELVAGGI, *Dall’utile al giusto*, *Op.cit.*, 5

³⁶ Cfr. FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano 1988, 1289

³⁷ Così FIORELLA, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano 1988, 1290

³⁸ Così FIORELLA-SELVAGGI, *Dall’utile al giusto*. *Op. cit.*, 7

³⁹ In tal senso VASSALLI, voce *Colpevolezza*, Roma, 1988, 6 ss.

inibiscono la equiparazione tra agire umano e collettivo non costituiscono un ostacolo in tal senso, quanto piuttosto reclamano degli adattamenti che tengano conto delle peculiarità dell'ente.⁴⁰

1.2 Il rapporto tra colpevolezza e prevenzione nell'illecito dell'ente

Le esigenze di una compiuta personalizzazione dell'illecito dell'ente, il quale in quanto attore ordinamentale e sociale si pone quale soggetto responsabile, consentono di perseguire quelle istanze preventive che orientano ogni modello punitivo della persona giuridica, poiché la minaccia della sanzione può condizionare le strategie dell'ente solo sul presupposto della 'piena dominabilità soggettiva del fatto'.⁴¹ Solo il riconoscimento e l'accertamento della sua capacità di orientare la propria condotta in conformità ai valori espressi dall'ordinamento garantisce la 'fattibilità' di istanze preventive.

Orbene, la ascrizione di strumenti sanzionatori sulla base di meri nessi di imputazione oggettiva risponde ad una logica retributiva, in una ottica di esemplarità della sanzione, che, tuttavia, non esaurisce le funzioni degli strumenti punitivi. In tal senso, l'ordinamento non può sottrarsi dall'ineludibile compito nella odierna società del rischio di ricorrere a strumenti di cura dell'interesse pubblico in una fase preventiva. La tutela dell'interesse pubblico deve essere perseguita, in primo luogo, mediante degli strumenti preventivi e, solo in caso di *extrema ratio*, mediante strumenti repressivi. Ed è la minaccia sanzionatoria che consente di orientare

⁴⁰ Vedi MASSARO, *La colpa per l'organizzazione come possibile modello (anche) della responsabilità individuale*, in FIORELLA-GAITO-VALENZANO, *op. cit.*, 93-94

⁴¹ Così FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Op.cit.*, 4

la condotta dei soggetti dell'ordinamento ai modelli espressi dai precetti punitivi, dapprima secondo una logica intimidatoria e solo dopo secondo una logica di adesione spontanea.⁴² Tuttavia, tale adesione, forzata o volontaria, postula in via di necessità la dominabilità soggettiva del fatto, in quanto solo tale 'appartenenza soggettiva' del fatto al soggetto consente di modificare e sviluppare le strategie comportamentali del destinatario della norma. Un meccanismo ascrittivo di matrice oggettiva, di contro, punisce senza prevenire, depotenziando l'effettività e la efficacia del sistema sanzionatorio. Il principio di colpevolezza si lega alla prevenzione anche sotto il versante della calcolabilità delle conseguenze giuridiche, la cui esatta intelligenza consente al destinatario del precetto di aderire o meno ai valori espressi dall'ordinamento e di partecipare quale soggetto attivo, responsabile di scelte espressive di un valore o disvalore solo se precedute dalla conoscenza o dalla conoscibilità del relativo giudizio espresso dall'ordinamento.⁴³ Ora, solo una valutazione *ex ante* 'costi benefici' connessa all'illecito della persona collettiva può consentire alla minaccia sanzionatoria di adempiere efficacemente alla funzione di deterrenza tipicamente ad essa attribuita. E solo se l'ammontare dei 'costi' connessi alla risposta sanzionatoria attivata dall'ordinamento in caso di 'rottura' dell'ordine stabilito sia maggiore dei benefici tratti, la sanzione può svolgere quell'imprescindibile funzione di deterrenza e in un certo senso meta paideutica, a garanzia della 'pax' sociale.

1.3 Il ruolo dell'autoregolamentazione preventiva dell'ente per una compiuta colpevolezza

⁴² Cfr. PULITANÒ, *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in STILE-MANACORDA-MONGILLO, *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, 304

⁴³ Sul punto si veda VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in PALIERO-MOCCIA-DE FRANCESCO-INSOLERA-PELLISSERO-RAMPIONI-RISICATO, *La crisi della legalità. Il sistema <vivente> delle fonti penali*, Napoli 2016

La relazione di orientamento che si instaura tra norma ed ente, di cui si è fatto menzione in precedenza, inserisce la *societas* in una ‘sovrastuttura’ complessa, ove, abbandonata una prospettiva ‘monadica’, si integra con i poteri pubblici nella prevenzione dei reati. Sicché, si assiste ad un progressivo coinvolgimento dell’ente nelle attività dirette a ridurre il rischio di illeciti sino a giungere ad una autentica delega di ‘*orientamento dell’altrui comportamento e di controllo mediante l’esercizio di poteri generali di autonormazione e di organizzazione*’.⁴⁴

Di talché, anche nell’ambito penalistico o para penalistico si realizza un fenomeno già noto ad altri settori giuridici di compenetrazione tra ‘regola pubblica’ e ‘regola privata’, che delinea un nuovo volto del sistema penale nel senso della cooperazione pubblico privato.⁴⁵ In tal senso rileva la c.d. autoregolamentazione degli enti funzionale alla prevenzione degli illeciti, la quale manifesta numerosi indici di novità: in primo luogo sul versante del sistema delle fonti introduce un presunto elemento di ‘crisi della legalità’ in ragione della ineluttabile funzione di integrazione del precetto da essa svolta;⁴⁶ ed in secondo luogo sul versante ‘interno’ dell’ente ne determina una parziale ‘mutazione genetica’ nel senso di imporre la previsione ed attuazione di sistemi di controllo da un lato e di strumenti sanzionatori dall’altro.⁴⁷

Tale autoregolamentazione coinvolge l’ente, pertanto, in un’attività propria dei pubblici poteri, ad ulteriore conferma della sua natura di soggetto responsabile capace di scelte nei confronti dei valori espressi dalle norme e

⁴⁴ Così FIORELLA-SELVAGGI, *op.cit.*, 12

⁴⁵ Per un approfondimento sul fenomeno in generale dell’autonormazione si veda PIERGALLINI, *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir.pen.proc.*, 3/2015, 261 ss.

⁴⁶ Vedi BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e soft law*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. I, Napoli, 2011, 3 ss.

⁴⁷ In tal senso FIORELLA-SELVAGGI, *op.cit.*, 14

non quale mero ‘recettore’ passivo di ‘comandi’ e conseguenze giuridiche. In un tale processo dai caratteri fortemente innovativi per un ordinamento, quale quello domestico, fondato sulla primazia della legge, un ruolo essenziale è svolto dalle tendenze internazionali ed, in particolare, di quegli ordinamenti che, stante la natura ‘effettuale’ ove prevale una logica di risultato, hanno sviluppato forme di cooperazione. Sicché, la funzione di prevenzione dei reati da monopolio esclusivo dei pubblici poteri e del legislatore diviene condivisa con gli enti, ai quali si chiede uno ‘sforzo’ nel predisporre sistemi ‘normativi’ interni con funzione di prevenzione, condivisa con la minaccia della sanzione pubblica.⁴⁸ Sicché, l’ordinamento rivolge alla persona giuridica la richiesta di conformare le proprie attività a tutela degli interessi dei terzi, predisponendo all’uopo un modello operativo, destinato non a neutralizzare il rischio di reato, ma a minimizzarlo secondo una logica di adeguatezza e ragionevolezza della organizzazione in funzione preventiva.⁴⁹ Tale processo, dunque, assume una valenza ‘istituzionale’, nel senso di rilevare quale strumento di controllo, che ‘va oltre’ una valenza interna innegabile.

La dimensione interna del processo di autoregolamentazione si coglie con riferimento ai *compliance programs*, rispetto ai quali si gioca la effettività e la valorizzazione del principio di personalità, in quanto dovrebbero consentire all’ente di dimostrare la propria innocenza e sul versante oggettivo e sul versante soggettivo.⁵⁰ Sicché, la valorizzazione della omessa adozione o dell’efficiente attuazione di tali programmi consente di attribuire valenza all’esercizio del potere di organizzazione sia con riguardo al

⁴⁸ Fortemente critico avverso tale delega di funzioni è STELLA, *Criminalità di impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 1254 ss.

⁴⁹ Si veda CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell’ente nelle manovre delle parti sulla pena*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2017, 163

⁵⁰ Cfr. SELVAGGI, *Tre temi sulla < riforma > della responsabilità da reato dell’ente*, in BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico.*, Padova, 2016,

comportamento ‘aggregato’ dell’ente sia con riguardo all’atteggiamento soggettivo riferibile all’ente.⁵¹ È con riferimento ad essi che si misura la effettività del sistema e la concreta perseguibilità della cooperazione dell’ente nella prevenzione dei reati, in quanto la responsabilità dell’ente si fonda, e non può che fondarsi, sulla carenza di organizzazione, ossia sul difetto di quelle cautele preventive dirette a neutralizzare il rischio di commissione di illeciti da parte di soggetti intranei all’ente⁵², differenziandosi in ciò dall’esperienza americane, ove i *compliance programs* costituiscono un mero limite alla discrezionalità nella determinazione della sanzione.⁵³

Tali modelli di organizzazione costituiscono il fondamento della logica premiale di cui è intrisa la disciplina in analisi, in quanto l’adozione di un idoneo ed adeguato sistema di regole preventive costituisce la ‘moneta di scambio’ per accedere a benefici sul piano sanzionatorio, e su cui si fonda la ‘dimensione soggettiva’ dell’imputazione a carico dell’ente, che consente di armonizzare il rimprovero ‘punitivo’ della *societas* alle ineludibili garanzie costituzionali.⁵⁴

Nonché, costituiscono lo strumento su cui costruire un autentico giudizio di responsabilità penale fondato sulla colpevolezza rispetto a cui il modello assume una valenza duplice di ‘elemento del rimprovero’ e causa di esimente.⁵⁵ Orbene, l’adozione di tali modelli costituisce lo strumento normativo attraverso cui far emergere la dissociazione tra responsabilità

⁵¹ Vedi FIORELLA-SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità ‘aggregata’ del fatto. Verso una responsabilità da reato dell’ente compiutamente personale*, in *dir.pen.contemp.*, 3/2014, 112

⁵² In tal senso si esprime SALCUNI, *La valutazione di idoneità dei modelli ed il requisito dell’elusione fraudolenta*, in BORSARI (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico.*, Padova, 2016, 112

⁵³ Si veda FORTI, *Uno sguardo ai ‘piani nobili’ del d.lgs. n.231/2001*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2012, 1266

⁵⁴ Cfr. MANACORDA, *L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1-2/2017, 52 ss,

⁵⁵ Cfr. FIORELLA, voce *Responsabilità da reato dell’ente collettivo*, in CASSESSE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 5101 ss.

della persona fisica ed ente collettivo, sicché essi se da un lato consentono di orientare la persona collettiva alla legalità, dall'altro si qualificano quale primo momento di un compiuto rimprovero di colpevolezza autenticamente personale.⁵⁶

Pertanto, sorge in capo all'ente un dovere di autoorganizzazione che si declina nel senso di individuare una pluralità di garanti delle diverse fasi del processo produttivo e decisionale, il cui concreto compito è definito in ragione della funzione svolta, e nel senso della predisposizione di modelli di prevenzione del reato.⁵⁷

Molto discussa è, a tal proposito, la natura obbligatoria dell'adozione dei modelli da cui consegue il relativo valore quale condizione necessaria per la esclusione della responsabilità dell'ente. Secondo una parte della dottrina, in conformità alla Relazione governativa al d.lgs. n.231/2001 e al tenore letterale degli artt. 6 e 7, l'adozione dei modelli costituisce un onere, il cui rilievo si coglie sotto il profilo probatorio relativo alla efficacia esimente. Inoltre *‘l'autonomia ed autoreferenzialità dei singoli sistemi organizzativi, ciascuno disciplinato da specifiche regole, cautele, soggetto a organi di vigilanza ed a propri sistemi sanzionatori con la messa in discussione della trasmigrabilità e fungibilità di regole codicistiche o di prassi aziendali rispetto ad una disciplina compiuta, avente rilievo di legge speciale e di stampo penalistico, qual è la 231’*,⁵⁸ qualificherebbe l'adozione e valutazione di tali modelli come spontanea, rispetto a cui si porrebbe come obbligatoria la sola attività di verifica dell'amministratore sull'adozione.

⁵⁶ Si veda PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del 'modello organizzativo' ex d.lg. n.231/2001). Parte I*, in *Cass.pen.*, 1/2013, 377

⁵⁷ In tal senso PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 382

⁵⁸ BARTOLOMUCCI, *Il modello di organizzazione e gestione con finalità penalpreventiva*, in *Il corriere giuridico*, 2S/2012, 17

Altra dottrina ha sottolineato in primo luogo come la riforma del diritto societario del 2003 deporrebbe in senso contrario, in quanto il principio di adeguatezza dell'organizzazione interna alla impresa si pone quale 'architrave' della governance della società per azioni.⁵⁹ In tal senso, l'art. 2381 c.c impone in capo agli organi societari la predisposizione degli assetti organizzativi interni in conformità alla natura ed alle dimensioni delle impresa, della cui valutazione di adeguatezza è investito il Consiglio di Amministrazione, nonché l'art. 2403 c.c onera i sindaci di un adeguato obbligo di vigilanza.⁶⁰ Inoltre, il requisito della elusione fraudolenta di cui all'art. 6 quale causa di esenzione della responsabilità deporrebbe nel senso della obbligatorietà dei modelli, come 'condizione' per l'accesso a tale esenzione.⁶¹

Ad ogni modo i *compliance programs*, quale esercizio di autoregolamentazione, si traducono in un contenuto vario che ne evidenzia la molteplicità di funzioni svolte. In primo luogo, si sostanziano nell'adozione di misure di prevenzione eterogenee volte alla riduzione del rischio di commissione di illeciti e dunque alla gestione delle possibilità della devianza entro i limiti considerati permessi o tollerati dall'ordinamento generale.⁶² La predisposizione di misure preventive presuppone una sorta di 'mappatura del rischio', ossia una autoanalisi interna della persona collettiva funzionale alla individuazione dei rischi attuali connessi alle attività proprie mediante una adeguata ed accurata attività ricognitiva. Di tal guisa, mediante tale attività di autonormazione la *societas* circoscrive l'area del rischio 'lecito', 'consentito', rendendo inesigibile ogni altro ulteriore sforzo.⁶³

⁵⁹ In tal senso PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del 'modello organizzativo' ex d.lg. n. 231/2001)*, in *Cass.Pen.*, 1/2013, 384 ss.

⁶⁰ Si veda FORTI, *op.cit.*, 1267

⁶¹ Cfr. SALCUNI, *op.cit.*, 113

⁶² Così si esprimono FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Op.cit.*, 21

⁶³ Cfr. SALCUNI, *op.cit.*, 119

Nell'attuale dimensione normativa, tuttavia, l'autoregolamentazione in funzione preventiva dell'ente rischia di tradursi in un'attività eccessivamente dispendiosa e controproducente, in difetto di chiari indici legislativi cui riferire il giudizio di efficacia del modello preventivo. Orbene, *'nessuna garanzia di esenzione di responsabilità può assistere l'ente collettivo, dal momento che residua un margine molto ampio di apprezzamento discrezionale da parte del giudice in ordine all'effettività idoneità dei protocolli a realizzare un'adeguata prevenzione criminosa'*.⁶⁴ Inoltre, tale giudizio di efficacia presuppone un chiarimento preliminare sulla funzione preventiva che tali modelli sono chiamati a svolgere, funzione preventiva refrattaria ad una ricostruzione puntuale e specifica, la quale precluderebbe la valorizzazione dell'agire virtuoso degli enti non circoscrivibile a standards predefiniti.⁶⁵ Orbene, il dovere di auto-organizzazione per la prevenzione de reati ed il ruolo dei modelli si iscrive in un processo di predisposizione individualizzata di essi in funzione delle caratteristiche della *societas*, le cui peculiarità e la cui 'mobilità' ostano a modelli predefiniti, i quali non assolverebbero in concreto alla funzione loro propria.⁶⁶

L'autoregolamentazione, inoltre, si declina anche nel senso della previsione ed attuazione di sistemi di vigilanza con compiti preventivi di controllo circa l'individuazione di attività illecite, nonché nel senso dell'esercizio del potere di disciplina al fine di rendere effettiva la regolazione in analisi⁶⁷. In difetto di tale ultimo potere la attività in analisi si porrebbe quale mera *moral suasion*, in quanto tale inidonea in sé ad assolvere a quella funzione di

⁶⁴ Così si esprime DE VERO, *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *Dir.pen.proc.*, 20/2010, 1137

⁶⁵ In tal senso FORTI, *Op.cit.*, 1269-1270

⁶⁶ Cfr. BARTOLOMUCCI, *Op.cit.*, 19

⁶⁷ Si veda FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Op.cit.*, 25

prevenzione degli illeciti delegata dall'ordinamento. È, pertanto, il profilo funzionale dell'autoregolamentazione che reclama il riconoscimento di tale potere, conferendo alle disposizioni dei modelli di comportamento autoimposti una duplice forza vincolante: immediata, mediante l'esercizio del potere interno di disciplina, e mediata, mediante la rilevanza delle violazioni ai fini del giudizio di colpevolezza.

Tuttavia, la omessa adozione di un tale modello preventivo o l'inefficace controllo sul suo corretto funzionamento non costituiscono di per sé elementi sufficienti a fondare un rimprovero autenticamente personale, in quanto integrano la componente normativa di una ascrizione colposa come violazione di un dovere cautelare, ma non esprimono la componente soggettiva di una tale ascrizione, per la cui ricostruzione occorre riferirsi al fatto dell'organizzazione, le cui peculiarità ostano ad una ricostruzione secondo lo schema penalistico dell'agente modello.⁶⁸ Come in seguito più approfonditamente si vedrà, il nostro sistema impone di riferirsi al 'comportamento aggregato' dell'ente per verificare una eventuale divergenza tra 'volontà' dell'ente e volontà dell'autore del reato.⁶⁹ Pertanto, alla attività concretamente cagionante il reato può contrapporsi una idonea attività preventiva dell'ente, sicché può individuarsi una volontà criminosa dell'autore persona fisica ed una volontà adesiva ai valori espressi dall'ordinamento in capo all'ente.

In tal senso assume valenza pregnante la previsione di cui all'art. 6, d.lgs. n. 231/2001, nella parte in cui per il reato commesso da un soggetto in posizione apicale fonda la responsabilità dell'ente sulla mancata 'elusione fraudolenta' delle misure preventive assunte. La adozione di efficienti ed

⁶⁸ Cfr. CAPUTO, *op. cit.*, 162

⁶⁹ In tal senso si esprimono FIORELLA-SELVAGGI, *Compliance programs e dominabilità <aggregata> del fatto*. *Op.cit.*, 114

idonei modelli organizzativi assume rilievo scusante, quando il reato sia commesso dalla persona fisica con ‘agire doloso’, rendendo inesigibile una condotta ulteriore in capo alla persona collettiva.⁷⁰ Sicché, si supera la presunzione di identificazione tra persona fisica e giuridica, per cui la commissione dolosa di un reato da parte dell’amministratore o altro vertice determina la estensione di tale componente soggettiva alla *societas*, mediante questa esimente definita per *viam negationis*, che esclude la colpevolezza dell’ente, il quale abbia predisposto modelli comportamentali efficaci neutralizzati dall’atteggiamento doloso dell’agente.⁷¹ Di talché, se l’ente si doti di un modello astrattamente idoneo in chiave preventiva, ma il reato sia commesso con il consenso di organismi essenziali, sarà affermata la sua responsabilità in quanto l’assenza di strategie artatamente elusive evidenzia una certa adesione o quantomeno la non contrarietà al reato, mentre la natura fraudolenta delle modalità commissive del reato fa emergere la dissociazione tra volontà del reo e volontà dell’ente espressa nell’adozione del modello in funzione preventiva, dissociazione che giustifica la scusabilità dell’ente.⁷²

In particolare, la previsione di cui all’art. 6, come si vedrà più approfonditamente in seguito, rappresenta l’indefettibile postulato di una diversa organizzazione societaria, ove il *management* non si organizza secondo un modello verticistico, che consente di identificare in via assoluta la volontà della persona fisica apicale e dell’ente, ma secondo uno schema orizzontale che interrompe la inscindibilità volitiva tra le due volontà, aprendo ad ipotesi in cui la commissione di un illecito da parte di un apicale

⁷⁰ Cfr. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell’illecito di ente dipendente da reato. Luci ed ombre nell’attuazione della delega legislativa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, 1135

⁷¹ Così PALIERO, *La responsabilità penale della persona giuridica nell’ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Padova 2003, 29-30

⁷² Così FIORELLA, voce *Responsabilità da reato degli enti*, in CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano 2006, 5103

non costituisce indice esclusivo di una politica criminale di impresa. Di talché, il legislatore ha inteso valorizzare questa possibile dissociazione, consentendo all'ente di andare esente da responsabilità mediante la prova dell'adozione ed efficace attuazione di un modello di prevenzione, dell'affidamento del compito di vigilanza ad un organismo autonomo interno, nonché dell'elusione fraudolenta di essi da parte della persona fisica.⁷³

Ad ogni modo l'esperienza dei *compliance programs* in particolare e dell'autoregolamentazione in generale pare soffrire di un difetto originario generato dalla incertezza sulla valutazione di idoneità dei modelli di gestione del rischio dinnanzi ad una prassi non univoca,⁷⁴ che aggrava il compito delegato all'ente di autonormazione in funzione preventiva. Le indicazioni legislative sul contenuto minimale di tali modelli non rappresentano adeguati indici valutativi idonei a circoscrivere il giudizio di conformità, al punto da renderlo prevedibile e da consentire all'ente organizzato di uniformarsi.⁷⁵ Il riferimento alla 'effettiva capacità preventiva rispetto alla commissione di reati della stessa specie di quello verificatosi' non consente di trarre delle indicazioni univoche e confortanti. Anche a voler tacere degli effetti della moltiplicazione dei reati presupposto, residua l'annosa definizione della nozione di 'idoneità preventiva', rispetto a cui si può giungere con certezza solo alla esclusione di una idoneità totale, la quale escluderebbe *ex se* la commissione di un reato che attiva il procedimento a carico dell'ente, nonché

⁷³ In tal senso PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale*, *op.cit.*, 378

⁷⁴ Per una analisi in tal senso si veda CATENACCI, *Responsabilità dell'ente e compliance aziendali: un'indagine statistica*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it

⁷⁵ Per una analisi del contenuto minimo si veda RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli 2009, 254 ss

alla necessità di accertare l'impegno concreto dell'ente nel funzionamento del modello preventivo adottato.⁷⁶

L'accertamento della concreta idoneità del modello cautelare alla neutralizzazione del reato concretamente verificatosi, giudizio di concreta idoneità da declinare con riferimento alle migliori conoscenze sussistenti al momento del fatto, costituisce il primo momento per un rimprovero autenticamente personale in capo all'ente. Rimprovero che risente del fatto che si tratti di un modello 'autonormato' la cui adozione non consente di prevedere un addebito di responsabilità né di calcolare le conseguenze sanzionatorie⁷⁷, nonché risente della distribuzione dell'onere della prova, così come delineato dall'art.6, incompatibile con le istanze di personalizzazione.⁷⁸

Per contro, dinnanzi ad una disciplina legislativa così 'esangue' le esigenze di prevedibilità e personalità della responsabilità risultano soccombenti a fronte dell'ampia discrezionalità riconosciuta all'accertamento giurisdizionale, sebbene tale discrezionalità sia un dato ineliminabile. Ora, il rischio, che costituisce l'oggetto dell'intervento preventivo dell'ente e giustifica l'adozione di cautele, si attesta in termini di poliedricità e varietà che lo rendono refrattario ad una classificazione predefinita e alla predeterminazione rigida di modelli di controllo. Ed in tal senso il legislatore agli artt. 6 e 7 si è limitato a indicare le esigenze da soddisfare rimettendo agli enti la predisposizione delle cautele concretamente individuate in funzione dei rischi connessi alle specifiche attività. Tuttavia, tale scelta presenta dei costi non sostenibili in capo all'ente, il cui affidamento sulla diligenza nell'attività preventiva e sulla assenza di profili di responsabilità

⁷⁶ Vedi MANACORDA, *op.cit.*, 68

⁷⁷ In tal senso PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale, op.cit.*, 380

⁷⁸ In tal senso SELVAGGI, *Tre temi sulla 'riforma' della responsabilità da reato dell'ente, op.cit.*, 42

non può essere garantito.⁷⁹ Si tratta di una delega in bianco all'ente in parte temperata dalla previsione di cui all'art. 6, c.3, che, nel tentativo di ridurre la discrezionalità giudiziaria al cui sindacato diffuso è demandato il controllo di idoneità dei modelli preventivi, al fine di garantire una tendenziale omogeneità interpretativa rinvia, quale criterio di 'costruzione del modello', ai codici di comportamento redatti dalle associazioni di categoria delle imprese e positivamente vagliati dalle autorità ministeriali. In specie, nelle intenzioni del legislatore, le potenzialità insite nel ruolo di controllo e di indirizzo che il Ministero della Giustizia avrebbe dovuto assumere nel procedimento di approvazione a beneficio della uniformità degli standards comportamentali per gli enti, sono rimaste vanificate dalla prassi del Ministero di approcciarsi in maniera burocratica in luogo di un auspicabile approccio para giurisprudenziale.⁸⁰

Nonché, in senso depotenziante si pone una certa ritrosia interpretativa a valorizzare logiche di premialità e di bilanciamento nell'ascrizione di responsabilità in capo agli enti che si dimostrino 'virtuosi' nell'attività preventiva.⁸¹ Sicché, pur essendosi l'ente utilmente attivato nella predisposizione ed attuazione di modelli preventivi, questa 'virtuosa' attività potrebbe assumere un significato neutro, tale da suggerire alla *societas* l'inutilità di un'attività di regolamentazione preventiva, cui non necessariamente segue una forma di esenzione da responsabilità. La cooperazione normativa nella gestione del rischio, pena la ineffettività e inefficacia, non può tradursi in una relazione unilaterale, ove i pubblici poteri beneficino e delle competenze specialistiche 'dell'autoproduttore' e

⁷⁹ In tal senso FIDELBO, *L'accertamento della idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in STILE A.M.- MONGILLO V.- STILE G., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, Napoli 2013, 173-174

⁸⁰ Vedi FIDELBO, *op.ult.cit.*, 177

⁸¹ Cfr. FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Op.cit.*, 31

della conseguente riduzione del rischio, senza attivare meccanismi di riconoscimento delle 'buone pratiche' collettive.

Tale indirizzo restrittivo, ispirato per lo più a logiche punitive, espone l'intera disciplina della responsabilità delle persone collettive a rischi di inefficienza ed ineffettività, in quanto all'onere di adozione di un modello di organizzazione non segue per l'ente la valorizzazione, in sede di accertamento della responsabilità e di dosaggio sanzionatorio concreto, del 'contributo preventivo' recato. Ciò nonostante il dato normativo consenta di astrarre tre modelli preventivi a cui corrispondono tre diversi livelli di 'prezialità': un modello di prevenzione 'antedelictum', la cui idoneità determina l'esclusione della responsabilità dell'ente; un modello 'post delictum', diretto alla riparazione delle conseguenze dannose dell'illecito prima dell'apertura del dibattito, cui segue la riduzione della sanzione pecuniaria; ed infine un modello 'tardivo', in cui l'ente interviene sulle lacune che hanno consentito la commissione dell'illecito e garantisce l'idoneità preventiva rispetto alla commissione di ulteriori reati.⁸² L'autentica valorizzazione di tali modelli nella loro valenza di premialità creerebbe un virtuosismo come incentivo per l'ente a 'investire' nella predisposizione di modelli di prevenzione dell'illecito, in quanto fonte di 'sconti' sul piano della risposta ordinamentale. Inoltre, tale valorizzazione consentirebbe di sfruttare l'occasione offerta dal d.lgs. n.231/2001 per uno sviluppo delle istanze espresse dal principio di *extrema ratio* e per la fissazione di un equilibrio tra ruolo del precetto e della sanzione in ossequio a tale principio, dovendosi ricorrere alla risposta sanzionatoria solo ove, comprese le dinamiche a fondamento degli illeciti aziendali, è possibile riferire una certa inidoneità all'ente.⁸³

⁸² Per una tale classificazione, cui segue una ampia riflessione, si veda MANACORDA, *op.cit.*, 59 ss.

⁸³ Così FORTI, *Uno sguardo ai 'piani nobili' del d.lgs. n.231/2001*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2012, 1254-1255

1.4 La materialità ed offensività dell'illecito dell'ente. La centralità del 'comportamento aggregato' per una autentica dominabilità

La valorizzazione della colpevolezza nell'ascrizione di responsabilità dell'ente impone di concentrarsi sul comportamento organizzato dell'ente al fine di rintracciare un fondamento fattuale alla responsabilità, dovendosi predicare la colpevolezza dell'ente per il 'fatto di reato'.⁸⁴ Dalla natura (para) penale delle conseguenze sanzionatorie a carico della *societas* discendono non solo istanze di personalizzazione del meccanismo ascrittivo, ma come *prius* logico istanze che presuppongono la ricostruzione di un fatto riferibile all'ente. Sicché, il giudizio di responsabilità deve declinarsi in primo luogo in funzione della dominabilità del fatto imputabile al soggetto collettivo, la quale reclama un giudizio non circoscritto alla mera adeguatezza della regola preventiva, dovendosi piuttosto fondare sull'accertamento del nesso eziologico tra il reato evento e la colpevole omissione del dominio da parte dell'ente dei comportamenti criminosi.⁸⁵

Orbene, il giudizio di colpevolezza, incentrato sul *crimen colposum* impone l'accertamento di un duplice nesso, normativo tra fatto della persona fisica e rischio tipico di reato e tra il fatto dell'ente e l'evento reato.⁸⁶ Di talché, pare opportuna la valorizzazione dei contributi individuali e aggregati dei singoli

⁸⁴ Vedi VILLANI, *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione'*, *op. cit.*, 241-242

⁸⁵ Così FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Op.cit.*, 180-181

⁸⁶ In tal senso MANACORDA, *op.cit.*, 69

che operano nella struttura organizzativa della persona collettiva tali da influenzare il valore o il disvalore del fatto dell'ente.⁸⁷

Non si può prescindere in via preliminare dalla configurazione dell'agire collettivo quale rischio organizzativo consentito, ulteriore rispetto a quello connesso alla specifica attività di impresa. Sicché, l'ordinamento tollera la commissione di attività pericolose a condizione dell'adozione di compiute misure cautelari, nonché la realizzazione di un evento dannoso, il quale rappresenti la concretizzazione del rischio ammesso, rispetto a cui le misure preventive non assumono necessariamente valenza di neutralizzazione, ma spesso di riduzione.⁸⁸

Posta la preliminare funzione dei criteri di inerenza, oggetto in seguito di analisi, i quali consentono di operare una prima delimitazione esterna delle fattispecie di responsabilità della organizzazione collettiva, nella loro duplice dimensione di posizione dell'agente all'interno di essa e di vantaggio per l'ente, essi si rivelano insufficienti ai fini di una esaustiva 'appartenenza' e dominabilità del fatto all'ente, assumendo mero significato estrinseco.⁸⁹

Ad uno sguardo specifico se ne trae la rilevanza negativa, in quanto consentono solo di delimitare gli episodi criminosi non ascrivibili all'ente, ma nulla dicono in merito al contenuto positivo in cui si sostanzia la responsabilità dell'ente per un fatto proprio e dominabile.

Un rischio intrinseco nella riflessione teorica intorno al fatto dell'ente è dato dalle tendenze a concepire, nel tentativo di fondare l'autonomia della responsabilità, la persona collettiva come posta in rapporto di totale alterità con le persone fisiche mediante una logica antropomorfizzatrice. Ora, al fine di distinguere persona fisica e persona giuridica, si tende a concepire

⁸⁷ Così FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Op.cit.*, 182

⁸⁸ Si veda FORTI, *op.cit.*, 1277-1278

⁸⁹ Cfr. DE SIMONE, *Il fatto di connessione tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2011

quest'ultima quale duplicato della prima, a concepire l'ente al pari di un uomo, nel cui contesto l'individuo perde di autonomia, ove le decisioni pluristrutturate e plurisoggettive vengono ridotte ad autonomia in quanto l'ente funge da centro di imputazione.⁹⁰

Tuttavia, si tratta di una prospettiva non validabile in quanto si fonda su una sovrapposizione tra uomo ed ente, che impedisce di cogliere la essenza dell'agire collettivo e di ricostruire un fatto proprio dell'ente colpevole. Di talché, l'ente non può essere considerato secondo una prospettiva di alternatività rispetto all'individuo, il cui comportamento assume significato in quanto 'connesso' ed 'aggregato' ai comportamenti degli altri soggetti in funzione del perseguimento degli obiettivi dell'ente.⁹¹ Si intende che il fatto riferibile all'ente è dato dal comportamento 'del singolo in quanto parte di un comportamento aggregato'⁹², il quale comportamento si combina con le condotte degli altri intranei all'organizzazione collettiva assumendo significato unitario quale strumento per la *societas* per la soddisfazione delle proprie aspettative. È la condotta 'aggregata' che consente all'ente di agire e di ottemperare alla funzione di prevenzione dei reati ed è ad essa che occorre rivolgere il giudizio di dominabilità, per verificare l'intersecazione tra le diverse condotte ascrivibile all'individuo in funzione unitaria per la persona collettiva.⁹³

1.5 La dominabilità soggettiva del fatto dell'ente. La colpevolezza per il fatto.

⁹⁰ In tal senso si veda BARTOLI, *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul < sistema 231 >*, in BORSARI (a cura di), *op.cit.*, 19

⁹¹ Cfr. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012, 225

⁹² Così FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Op.cit.*, 193

⁹³ *Ibidem*

Il comportamento ‘aggregato’, per come descritto in precedenza, costituisce il fondamento fattuale della responsabilità dell’ente attorno cui e in funzione di cui valorizzare la colpevolezza,⁹⁴ la quale va rapportata al reato che connota gli ulteriori elementi significativi dell’agire collettivo, fornendo una ricostruzione alternativa a quelle teoriche che individuano nel soggetto collettivo un ‘polo della incriminazione’.⁹⁵ La innegabile tensione verso la personalizzazione dell’illecito dell’ente impone di valorizzare componenti soggettive direttamente riferibili al fatto dell’ente inteso come comportamento aggregato espressivo di quel disvalore represso dall’ordinamento.

Di contro, quegli indirizzi che ancorano la colpevolezza alla politica dell’ente, alla propria cultura valorizzano solo apparentemente le istanze personalistiche, in quanto non fondano il relativo giudizio sul disvalore espresso dal fatto, quanto piuttosto sul disvalore espresso dall’ente. In realtà, rapportate al diritto penale individuale, si tratta di forme di responsabilità per l’autore, che costruiscono ideal tipi di soggetto pericoloso e non anche di fatti offensivi. Rimane in ombra, di tal guisa, il reato presupposto quale evento dell’illecito, il quale si pone all’esterno dell’offesa.⁹⁶ Si prescinde, quindi, dalla individuazione di un fatto specifico ascrivibile all’ente, a favore di logiche general preventive incompatibili con la natura (para) penale della responsabilità in analisi. Tale natura porta con sé il corredo di garanzie costituzionali, tra cui il necessario collegamento subiettivo tra fatto e autore e l’attivazione della risposta sanzionatoria alla lesione recata dall’evento

⁹⁴ Per un ampio approfondimento si veda VILLANI, *Alle radici del concetto di ‘colpa di organizzazione’ nell’illecito dell’ente da reato*, Napoli, 2016

⁹⁵ Così FIORELLA-SELVAGGI, *Dall’utile al giusto. Op.cit.*, 198

⁹⁶ Cfr. FIORELLA-SELVAGGI, *Dall’utile al giusto. Op.cit.*, 200

reato, sanzione che non può legittimarsi solo in funzione della violazione di una regola preventiva.⁹⁷

Di talché, occorre individuare unitamente a tale componente oggettiva una componente pregnante nella sua dimensione personale, che rechi la misura soggettiva di ascrizione all'ente della responsabilità. In tal senso, è necessario acquisire un concetto di prevedibilità dell'evento reato mediante la valorizzazione del comportamento aggregato dell'ente.⁹⁸ Sicché, l'elemento in analisi si trae dall'aggregazione degli stati psicologici dei soggetti che nel complesso organizzativo intervengono nell'iter di realizzazione del reato, stati psicologici da riferire alla lacuna organizzativa da tradursi nel senso della rappresentabilità di essa e del reato.⁹⁹ Se il comportamento dell'ente non si pone in rapporto di alterità con quello dei soggetti intranei ad esso stesso e inseriti nella struttura preventiva, ma è dato dalla aggregazione di tali condotte, è consequenziale la necessità di riferire il coefficiente di rappresentabilità a coloro i quali si inseriscono nella struttura dell'ente con poteri decisionali e funzioni di controllo, in quanto le relative condotte conferiscono dignità unitaria al comportamento dell'ente. Nella ricostruzione della colpevolezza dell'ente assume un rilievo centrale la componente dimensionale, in quanto nelle imprese di piccole e medie dimensioni si riscontra una tendenziale coincidenza tra assetto proprietario e assetto amministrativo del gruppo. Se tale coincidenza non può rilevare in punto di colpevolezza e di difetto di imputabilità in ragione dell'alterità soggettiva tra ente e soggetti qualificati, in ogni caso dovrebbe costituire elemento pregnante in sede di risposta sanzionatoria. Orbene, si intravede il rischio della violazione del principio di proporzione e del *ne bis in idem*,

⁹⁷ DE SIMONE, *La responsabilità da reato della societas nell'ottica dei principi costituzionali*, in STILE-MONGILLO-STILE, *op. cit.*, 261 ss.

⁹⁸ Cfr. VILLANI, *op. cit.*, 244 ss.

⁹⁹ Vedi FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Op.cit.*, 212

mediante la duplicazione punitiva per il medesimo fatto attraverso la sanzione in capo all'ente e al proprietario.¹⁰⁰ La diversa soggettività giuridica non giustifica tale duplice intervento punitivo, in quanto *de facto* il proprietario e l'ente tendono alla coincidenza così come coincide anche l'interesse alla commissione del fatto, rispetto a cui non possono ontologicamente operare gli strumenti preventivi. Sicché, merita sicuramente adesione quella dottrina che, pur escludendo la valenza di tale rilevanza ai fini del rimprovero di colpevolezza, ne postula la significatività in punto di carico sanzionatorio mediante il meccanismo della compensazione.¹⁰¹

1.6 Il reato presupposto quale 'evento specifico' dell'ente e la sua prevedibilità quale presupposto di un fatto colpevole

Una autentica valorizzazione delle istanze personalistiche che reclamano una costruzione dell'illecito della *societas* secondo quel 'corredo' minimale di garanzie, una volta assunta la natura para penale di tale responsabilità, scioglie il dubbio sulla qualificazione del reato presupposto quale 'evento specifico', avvinto da un nesso di causalità con il comportamento 'aggregato dell'ente'. Il principio di materialità, il principio di colpevolezza e, soprattutto, il principio di offensività si pongono con forza nel senso di costruire un illecito espressivo di una lesione ad un bene giuridico, pena la punizione di una semplice pericolosità dell'ente, a prescindere dalla

¹⁰⁰ In tal senso PIERGALLINI, *Sistema sanzionatorio e reati previsti nel codice penale*, in *Dir.pen.proc.*, 2001, 1358

¹⁰¹ Cfr. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, *Op. cit.*, 481 ss.

manifestazione di un disvalore di condotta refrattaria ai valori espressi dall'ordinamento.¹⁰²

In particolare, la risposta sanzionatoria a carico dell'ente si legittima e si giustifica solo in funzione della tutela di un bene giuridico 'aggredito' da un evento offensivo, che non può che essere dato dallo specifico fatto di reato. Ed è al reato presupposto che occorre riferirsi per formulare un giudizio di idoneità della regola 'cautelare' predisposta all'interno dei *compliance programs*, giudizio che non può arrestarsi ad una valutazione di ordine generale, ma deve interessare la operatività del singolo strumento preventivo, pena un giudizio astratto e neutro sul piano del disvalore soggettivo.¹⁰³ Orbene il principio di colpevolezza impone di concretizzare il giudizio di imputazione soggettiva mediante la valorizzazione del reato come specifico evento dell'illecito, con riferimento a cui non rileva l'operatività del modello di organizzazione in sé considerato, ma la efficacia della specifica e puntuale regola. Ed è in relazione al reato quale evento che si apprezzano le condotte singole e aggregate, per verificare se l'atteggiamento complessivo dell'ente mostri contrarietà all'illecito.¹⁰⁴

Il principio di personalità e la sua valorizzazione sarebbero frustrati ove il relativo giudizio fosse privato di un 'referente specifico', rispetto a cui misurare la rimproverabilità dell'ente e la sua adesione o la sua contribuzione all'offesa.¹⁰⁵ Sicché, l'ente diviene meritevole di punizione solo in quanto il suo comportamento 'aggregato' abbia contribuito alla lesione del bene giuridico, lesione che esprime il disvalore di tale comportamento ascrivibile alla *societas*.¹⁰⁶ Ed è rispetto al reato come specifico evento che si misura la

¹⁰² Cfr. PALIERO, *La società punita. Op.cit.*, 1532 ss.

¹⁰³ Cfr. VILLANI, *op. cit.*, 246

¹⁰⁴ In tal senso FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Op.cit.*, 206-207

¹⁰⁵ Sulla differenza tra colpevolezza individuale ed aggregata VILLANI, *op. cit.*, 261-262

¹⁰⁶ FIORELLA, *Sulla responsabilità degli enti da reato in una prospettiva di globalizzazione. Il problema della colpevolezza*, in FIORELLA-GAITO-VALENZANO, *op. cit.*, 450

possibile divaricazione tra volontà dell'ente e volontà dell'autore persona fisica, in quanto, guardando esso, è possibile apprezzare le forme di reazioni aggregate che assumano o meno il significato di iniziative impeditive.¹⁰⁷

In tal senso non si legittimano le ricostruzioni che qualificano il reato presupposto quale condizione obiettiva di punibilità, in quanto escludono quell'imprescindibile collegamento soggettivo tra condotta ed evento offensivo, finendo per punire l'ente per la semplice lacuna organizzativa. Sicché, l'interesse tutelato sarebbe costituito dal 'perfetto' funzionamento dell'organizzazione preventiva, astraendo il giudizio di colpevolezza, che si ridurrebbe a mero accertamento di una lacuna organizzativa con evidenti profili di oggettività della responsabilità.¹⁰⁸

Occorrerebbe interrogarsi sul significato di reato presupposto, in quanto si tratta di una nozione non univoca, dovendosi sciogliere l'alternativa tra fatto antiggiuridico o fatto anche colpevole, da cui, di tal guisa, dipende la verifica se la reazione punitiva dell'ente si legittimi anche in difetto di tutte le componenti del reato. In tal senso il legislatore ha recato una disciplina non esente da dubbi mediante la previsione di cui all'art. 8, d. lgs. n.231/2001, che nella parte in cui fa riferimento alla mancata identificazione del reo può essere letto e nel senso di non subordinare la punibilità dell'ente alla colpevolezza del fatto di reato presupposto e nel senso di consentire tale punibilità solo in presenza di un ricostruito elemento psicologico pur se il reato non sia individuato. Se si considera la *societas* quale centro esclusivo di imputazione, la colpevolezza del fatto di reato diviene elemento ultroneo, ma la necessità di individuare l'area di attività interessata dall'illecito e il nesso di collegamento obiettivo con l'ente depongono in senso contrario.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Si veda FIORELLA, *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, in CASSESE, *op.cit.*

¹⁰⁸ In tal senso VILLANI, *op. cit.*, 211 ss.

¹⁰⁹ Cfr FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Op.cit.*, nota 49, 207

2. Gli elementi oggettivi dell'illecito dell'ente

La natura (para) penale dell'illecito dell'ente ne reclama una ricostruzione che dia seguito alle istanze garantistiche sottese al principio di colpevolezza, il quale impone di valorizzare le componenti soggettive dell'illecito al fine di costruire un modello in cui l'ente risponde non solo per un fatto proprio, ma anche per un fatto colpevole causativo di evento dato dal reato presupposto. Per come si è cercato di delineare, si tratta di un illecito a struttura complessa in cui l'ente risponde per non aver impedito o per aver favorito la commissione di un reato posto in essere a suo vantaggio o nel suo interesse da soggetti che operano a vario titolo al suo interno.¹¹⁰

Di talché, il legislatore ha costruito questa nuova forma di responsabilità intorno a taluni criteri delineati dagli artt. 5, 6, e 7 d. lgs. n. 231/2001, in forza di cui si opera l'ascrizione all'ente. In tal senso l'art. 5 individua il collegamento nella sua forma minima tra il reato presupposto e l'illecito dell'ente nella commissione del primo 'nell'interesse o a vantaggio dell'ente', declinando la risposta punitiva secondo modelli differenti in ragione della posizione rivestita dall'autore del reato all'interno della organizzazione collettiva, così da evidenziare mediante la valorizzazione dei diversi doveri impeditivi il differente grado di partecipazione dell'ente al reato.¹¹¹

¹¹⁰ Così VINCIGUERRA, *La struttura dell'illecito*, in *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse* (d. lgs. n. 231/2001), Padova, 2004, 5

¹¹¹ Così RIVERDITI, *op. cit.*, 144

Sicché, l'art. 5 reca i criteri oggettivi di collegamento tra il reato e la persona giuridica, selezionando, da un lato, i soggetti che ne possono impegnare la responsabilità in forza della assunzione e svolgimento di un determinato ruolo all'interno della società e, dall'altro, individuando '*gli indici di riferibilità oggettiva*' che consentono di ricostruire un fatto proprio dell'ente, che è allo stesso direttamente riferibile, così come è riferibile alla persona fisica il fatto tipico costitutivo del reato.¹¹² Di tal guisa, si può ritenere che gli indici fissati dall'art. 5 rispondano alle medesime esigenze che animano l'art. 42 c.p rispetto al reato, ossia di assicurare quella dominabilità indispensabile per qualsiasi ascrizione di responsabilità,¹¹³ nonché di ricondurre l'illecito della persona fisica nell'ambito delle attività dell'ente si da potersi ritenere proprio.¹¹⁴

Affinché si ricostruisca un fatto autenticamente proprio dell'ente, occorre, pertanto, valorizzare gli elementi normativi "*i quali definiscono il collegamento estrinseco del reato all'ente medesimo*" e consentono di dare rilievo alla *inerenza* dell'illecito all'ente.¹¹⁵ Solo seguendo questa via interpretativa si scongiura il rischio di dar luogo a ricostruzioni dell'illecito in analisi di cui l'ente risponda in forza di una responsabilità da posizione, ricostruzione insostenibile nell'ambito di un diritto punitivo che, sospinto dalla incessante giurisprudenza convenzionale, è informato a principi comuni, quale che sia la qualificazione domestica dell'illecito, tra cui in primo luogo il principio della responsabilità per un fatto proprio.

¹¹² *Ibidem*, 145

¹¹³ In tal senso VIGNOLI, *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir.pen.proc.*, 2004, 908

¹¹⁴ Così DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, *op. cit.*, 149

¹¹⁵ Così SELVAGGI-FIORELLA, *Dall'utile al giusto*, *op.cit.*, 183

2.1 Il primo requisito oggettivo: i soggetti in posizione apicale

Nel tentativo di ricostruire un fatto “proprio” dell’ente occorre dar rilievo alla posizione dell’autore del reato nella struttura organizzativa della *societas*, in quanto non tutti i soggetti ivi operanti sono in grado di esprimere e di impegnare la responsabilità dell’ente, la quale sorge non in quanto un fatto di reato è stato occasionato al suo interno, ma solo in quanto tale fatto è stato posto in essere da un soggetto titolare di una specifica qualifica in grado di mostrare “un coinvolgimento” dell’ente.

In tal senso, il legislatore del d.lgs. n. 231 all’art. 5 ha circoscritto, convincentemente, la categoria dei soggetti rilevanti ai c.d. apicali, ossia le “*persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell’ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso*”; nonché ai c.d. sottoposti, quali “*persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a*”. Sicché, il legislatore ha inteso ricondurre l’illecito dell’ente ai soli reati commessi dall’apice o ad esso riconducibili, in quanto nel caso di reato commesso da sottoposti è necessario accertare l’efficacia agevolatrice delle inosservanze di un soggetto in posizione sovraordinata rispetto all’autore del reato.¹¹⁶ Di tal guisa, il legislatore ha inteso ricondurre alla sussistenza di un legame funzionale tra individuo ed ente il presupposto per l’affermazione di responsabilità a carico della *societas*, pur se, a seconda della natura del legame, più o meno inteso, ha disposto una risposta punitiva diversificata

¹¹⁶ Vedi FIORELLA-SELVAGGI, *Dall’utile al giusto*, op.cit., 185

fondata su criteri soggettivi d'imputazione differenti come previsti agli artt. 6 e 7, d. lgs. n.231/2001.¹¹⁷

Orbene, occorre precisare come le qualifiche soggettive così introdotte godano di autonomia rispetto alle qualifiche strettamente penalistiche eventualmente previste per la integrazione di reati, nel senso che le qualifiche necessarie ad integrare l'illecito dell'ente concorrono, senza mai sostituirsi, con la qualità richiesta per l'autore di un reato proprio oggetto di rimprovero, con le quali devono coesistere contemporaneamente in capo al medesimo soggetto. A tale ultimo proposito nelle ipotesi di concorso necessario in senso lato, ai fini della sussistenza dell'illecito dell'ente, non assume rilevanza la qualifica rivestita dal soggetto, la cui condotta non sia espressamente dichiarata sanzionabile, in quanto la condotta non punita, non espressiva di un disvalore meritevole di sanzione, non impone il coinvolgimento della persona giuridica.¹¹⁸

Rispetto all'assetto così definito ha destato perplessità la introduzione con il d. lgs. n. 61/2002 dell'art. 25 *ter* speciale rispetto all'art. 5, in quanto prevede la responsabilità dell'ente *“in relazione ai reati in materia societaria previsti dal codice civile, se commessi nell'interesse della società, da amministratori, direttori generali o liquidatori o da persone sottoposte alla loro vigilanza, qualora il fatto non si fosse realizzato se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi inerenti alla loro carica”*. Si tratta di una novità di cui, oltre alla sua dubbia collocazione sistematica in quanto, trattandosi di ipotesi derogatoria rispetto all'art. 5, ove avrebbe dovuto coerentemente trovare menzione, si è fortemente discusso in merito alla ragionevolezza e coerenza in quanto potenzialmente abilitativa di letture

¹¹⁷ In tal senso SGUBBI-ASTROLOGO, *Art. 5. La responsabilità dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti. Commento al d.lgs. n. 231/2001*, LEVIS-PERINI (diretto da), Bologna, 2014, 148

¹¹⁸ In tal senso RIVERDITI, *op.cit.*, 147

derogatorie dei principi espressi dal d. lgs. n. 231 ed in quanto foriera di un sottosistema della cui necessità si dubita.¹¹⁹

Ad ogni modo, il legislatore sembra aver costruito un sistema di selezione dei soggetti autori del c.d. “fatto di connessione”¹²⁰, che predilige una dimensione oggettivistico funzionale attribuendo preminenza alla funzione svolta e non al ruolo formalmente assunto. Pertanto, ha rinunciato ad una elencazione tassativa, incompatibile con l’eterogeneità fenomenica degli enti che compongono “un variegato arcipelago”, a favore di una formula elastica che consenta di ricomprendervi tutti i soggetti “in posizione apicale”.¹²¹

La categoria dei “soggetti in posizione apicale” sulla scorta di una interpretazione funzionalistica sembra ricomprendervi tutti quei soggetti che, a prescindere dal ruolo formale assunto in seno alla compagine associativa, se ne trovano al vertice formando e manifestando la politica di impresa,¹²² quei soggetti che formano e manifestano la volontà dell’ente nei rapporti esterni. Sicché, tale nozione va intesa in senso relativo, in quanto il riferimento legislativo a funzioni di rappresentanza, di amministrazione e di direzione, se intesa letteralmente e in senso stretto, dovrebbe indurre a ricomprendere tra i soggetti apicali i soli amministratori, in quanto solo essi e il consiglio di amministrazione si collocano all’apice della struttura societaria.¹²³ Ad essi spetta, orbene, in via esclusiva la attività di gestione dell’ente, che si declina nel potere di impulso delle attività assembleari, di

¹¹⁹ In tal senso RIVERDITI, *op. cit.*, 148-149

¹²⁰ L’espressione è riferibile a DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012

¹²¹ Cfr. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d’imputazione*, in www.penalecontemporaneo.it, 28 ottobre 2012, 22

¹²² Vedi RIVERDITI, *op. cit.*, 151

¹²³ In tal senso si esprime RODORF, *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Soc.*, 2004, 1299

esecuzione delle relative delibere, nel potere gestionale in senso stretto e di rappresentanza, attività propria anche degli amministratori privi di delega e non esecutivi.¹²⁴

Stante l'approccio dinamico funzionale accolto dal legislatore, non rileva tanto e solo lo status formale di amministratore, quanto l'esercizio dei poteri che qualificano la relativa attività come attività di amministrazione, sì da far rientrare nella nozione di soggetto apicale anche l'amministratore di fatto in quanto soggetto che riveste funzioni di rappresentanza e non anche quale soggetto che esercita in via di fatto tali funzioni. Orbene, il riferimento alle funzioni, che compare nell'incipit della lettera a), è tale da ricomprendere non solo la investitura formale ma anche l'esercizio di fatto delle stesse, come emerge dal riferimento al "controllo dell'ente", che costituisce una formula diversa dai criteri di individuazione del soggetto che di fatto svolge le funzioni tipiche amministrative.¹²⁵ In particolare, pare sufficiente un raffronto con l'art. 2936 c.c, il quale nell'estendere le qualifiche soggettive ai soggetti di fatto non vi fa alcuna menzione. Di talché, non assuma alcuna rilevanza la validità dell'atto di investitura, ma diviene decisivo lo svolgimento delle funzioni tipiche dell'amministratore, mentre, di contro, l'esercizio di fatto cui si riferisce la parte finale della norma, lungi dall'essere indifferente rispetto al titolo formale, ne presuppone la totale assenza.

L'esercizio di funzioni di amministrazione, pertanto, colloca il soggetto in una posizione di ontologica primazia all'interno della struttura sociale organizzata, così da qualificarlo automaticamente quale soggetto apicale, a prescindere dalla validità o dalla sussistenza di un titolo di conferimento del relativo potere.

¹²⁴ Vedi DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, op. cit., 23

¹²⁵ Così RIVERDITI, op. cit., 154

Tale approccio funzionale consente di risolvere la *quaestio* circa la qualifica da attribuire agli amministratori legati alla società da un contratto di lavoro dipendente, che potrebbe indurre a ricondurli alla categoria dei sottoposti. In realtà, il legislatore ha mostrato di preferire un approccio dinamico in forza di cui è l'esercizio della funzione e non lo status a determinare la posizione apicale di un soggetto, sì da ritenerli quali soggetti in posizione apicale a prescindere dal legame formale con l'ente.¹²⁶

Una analoga soluzione è generalmente accolta per la funzione direttiva, nella quale è evidente la prevalenza della dimensione funzionale, in quanto essa è propria dei direttori generali, equiparati dall'art. 2936 c.c agli amministratori ai fini della responsabilità civile. Si tratta non di organi, ma di dipendenti della società il cui contratto di lavoro è fonte dei relativi poteri di gestione, che, nonostante siano di regola sottoposti al consiglio di amministrazione, nelle imprese di grandi dimensioni tendono ad assumere un ruolo preminente.¹²⁷ Sicché, il legislatore del 2001 ha inteso evidentemente riferire la apicalità alla esercizio di funzioni e non tanto alla titolarità di funzioni direttive, così da risolvere in termini analoghi all'amministratore dipendente la *querelle* intorno alla apicalità degli impiegati con funzioni direttive.¹²⁸ Con riferimento alle funzioni di rappresentanza è pacifico che sia certamente riconducibile alla previsione della lettera a) dell'art. 5 la rappresentanza organica, derivante dalla posizione istituzionale del soggetto all'interno dell'ente. Di contro, non è del tutto condiviso, seppur preferibile, che la figura del rappresentante negoziale, ossia del soggetto che riceve il potere di rappresentanza in forza di un negozio di procura, sia riconducibile alla previsione della lettera b) dell'art. 5, in quanto l'obbligo di rendicontazione

¹²⁶ In tal senso DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., 152

¹²⁷ Cfr. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, op. cit., 24

¹²⁸ In tal senso DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., 152

in capo al rappresentante volontario ne determina la sottomissione alla altrui sfera di vigilanza e controllo.¹²⁹

Del tutto condivisibile è il mancato riferimento alle funzioni di controllo, in quanto si tratta di soggetti privi di poteri di gestione i quali non riescono ad impegnare l'ente e del cui operato, pertanto, l'ente non può essere chiamato a rispondere, così come non può rispondere per l'operato di quell'organo che nel sistema dualistico societario è chiamato a svolgere una attività di vigilanza sull'amministrazione quale il consiglio di sorveglianza.¹³⁰ Orbene, l'assenza di poteri gestori esclude che la attività criminosa a tali soggetti ascrivibile sia espressiva di un coinvolgimento dell'ente, il quale può al massimo costituire il contesto occasionale che facilita la predetta attività illecita.

2.1.1 La gestione ed il controllo di fatto dell'ente

È evidente come il legislatore ha inteso fornire una interpretazione funzionale della nozione di soggetto apicale in coerenza con la concreta conformazione delle realtà organizzative, le quali spesso sono refrattarie a rigide qualificazioni e in cui si assiste a divergenze tra titolarità ed esercizio delle funzioni. Un tale approccio, che anima la disciplina del d. lgs. n. 231/2001, induce a ricomprendere nella prima parte dell'art. 5, lettera a), sia le ipotesi di investitura formale che di esercizio concreto dei poteri costitutivi delle funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente. Una tale interpretazione estensiva impone di perimetrare attentamente la nozione di soggetti che “esercitano, anche di fatto, la gestione ed il controllo” dell'ente, quali soggetti in posizione apicale, di cui all'ultima parte della

¹²⁹ Così SGUBBI-ASTROLOGO, *op. cit.*, 149; 130 Cfr. DE SIMONE, *La responsabilità da reato, op.cit.*, 25

lettera a), art. 5, onde evitare facili sovrapposizioni e confusioni con la prima parte della medesima norma.

Pare evidente che, se in questa prima parte della norma siano ricompresi sia i soggetti che esercitano le funzioni ivi indicate e in forza di un atto formale di investitura e di fatto, il legislatore nel menzionare *la gestione e al controllo, anche di fatto, dell'ente* abbia inteso far riferimento a situazioni diverse da quelle integrate dall'amministratore di fatto. Pertanto, colui che in forza o in assenza di un titolo formale di investitura esercita tali funzioni è considerato soggetto apicale, mentre la gestione e il controllo, anche di fatto, non possono che riferirsi ad una situazione nella quale taluno, nonostante non sia titolare né di fatto né di diritto delle funzioni, eserciti sull'ente un controllo così penetrante da tradursi nell'esercizio di poteri pari o superiori a quelli attribuiti all'amministratore.¹³¹ Depone in tal senso anche la Relazione di accompagnamento al decreto ove il legislatore ha precisato che la gestione ed il controllo anche di fatto *“devono dunque concorrere ed assommarsi nel medesimo soggetto il quale deve esercitare un vero e proprio dominio sull'ente”*. Ad essere preso in considerazione parrebbe essere non l'amministratore di fatto, ma il c.d. “socio sovrano”, ossia colui che non solo condiziona in modo decisivo la volontà assembleare, ma che gestisce anche direttamente la società, esercitando sulla stessa un dominio secondo il modello dell'art. 2359 c.c.¹³²

Di talché, la nozione di controllo così accolta risulta incompatibile con le funzioni esercitate dal collegio sindacale o dal consiglio di sorveglianza, in quanto presuppone la formazione o la partecipazione alle strategie di impresa

¹³¹ In tal senso RIVERDITI, *op. cit.*, 157

¹³² Vedi RODORF, *op. cit.*, 1299

cui i sindaci risultano estranei, siano essi investiti formalmente o solo di fatto della relativa qualifica.¹³³

Tale conclusione risulta ulteriormente sostenuta dalla richiesta del contestuale esercizio del controllo e della gestione per la figura di soggetto apicale ai sensi dell'ultima parte della lettera a), art. 5, tale per cui solo il soggetto che contestualmente orienta la strategia di impresa e la gestisce potrà ritenersi legittimato ad agire nell'interesse dell'ente.¹³⁴

2.1.2 I titolari delle unità organizzative autonome

In maniera opportuna il legislatore ha ricondotto entro i soggetti apicali non solo coloro i quali svolgono una funzione di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente, ma anche di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, in coerenza con un dato empirico difficilmente contestabile quale il decentramento organizzativo e funzionale delle *societas*. Orbene, dinnanzi alla destrutturazione del modello tradizionale di impresa con la delocalizzazione e la specializzazione dei compiti, che ne implica la assegnazione ad unità autonome, avrebbe peccato di irragionevolezza circoscrivere in via esclusiva la posizione di apicale all'ente nel suo complesso e non anche a quel soggetto che esercita le funzioni di amministrazione, rappresentanza e direzione di una unità autonoma, come tale idonea ad esprimere la politica dell'ente nel settore di propria competenza. Il legislatore ha così inteso acquisire un significato esperienziale incontrovertibile, traducendo in scelte normative di responsabilizzazione scelte di gestione economica diffuse, in

¹³³ In tal senso DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, 154

¹³⁴ Cfr. DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, op. cit., 27

funzione di cui le imprese si suddividono in sotto organizzazioni che, seppur facenti capo al medesimo vertice, godono della autonomia necessaria per l'ottimale svolgimento delle funzioni assegnate all'interno del sistema produttivo considerato nella sua unità.

Nella categoria in analisi rientrano, così, i direttori di stabilimento, i quali nelle imprese medio grandi godono di considerevole autonomia gestionale rispetto alla sede centrale, al cui controllo sono così sottratti. Si tratta, tra l'altro, di una figura che ha trovato un esplicito riconoscimento nell'art. 2, lett. b) e i), d. lgs. n. 626/1994 in materia di sicurezza sul lavoro, ove il responsabile dell'unità dotata di autonomia finanziaria e funzionale è espressamente qualificato come datore di lavoro.¹³⁵ Sicché, la scelta del legislatore si spiega e giustifica anche in chiave di coordinamento sistematico con tale disposizione secondo una logica di effettività, in quanto attribuisce rilevanza, ai fini dell'illecito dell'ente, alla attività di quel soggetto, che seppur preposto ad una singola unità organizzativa, si trovi in una posizione di fatto analoga a quella degli amministratori rispetto alla società nel suo complesso e come tale in grado di esprimere l'indirizzo dell'ente nel settore di competenza della unità, impegnandone la volontà e la responsabilità.

Senonché, non dovrebbe assumere valore ai fini della esatta intelligenza della nozione di unità organizzativa autonoma il riconoscimento della soggettività giuridica in capo all'unità organizzativa,¹³⁶ quanto piuttosto assume rilevanza decisiva la autonomia finanziaria che consenta alla unità di dotarsi di una organizzazione indipendente da quella centrale di riferimento, mediante cui perseguire dei propri obiettivi di gestione.¹³⁷

¹³⁵ Vedi DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., 152

¹³⁶ In tal senso BASSI-EPIDENDIO, *Etica e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006, 151

¹³⁷ Così RIVERDITI, op. cit., 158

D'altronde, si tratta di un esito interpretativo che si giustifica in funzione della unitarietà complessiva dell'ente, impedita dal riconoscimento di tale soggettività a singole unità, le quali ai fini della disciplina punitiva in analisi dovrebbero, se soggettivamente autonome, considerarsi quali autonomi attori, potenzialmente responsabili in via autonoma.

2.2 I soggetti in posizione subordinata

Tra i soggetti, i quali in qualità di autori del reato presupposto impegnano la responsabilità dell'ente, la lettera b) dell'art. 5 ricomprende “*le persone sottoposte alla direzione o vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)*”, i c.d sottoposti. La scelta di non circoscrivere l'ambito dei soggetti, il cui fatto di reato sia idoneo a far sorgere la responsabilità della *societas*, ai soli apicali trova puntuale giustificazione, in primo luogo, negli obblighi assunti a livello internazionale in aderenza al modello statunitense di intervento.¹³⁸ Sarebbe stato illogico, tra l'altro, escludere i sottoposti in quanto “*la possibilità di ricondurre la responsabilità all'ente appare assicurata, sul piano oggettivo, dal fatto che il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente*”, nonché in quanto “*una diversa opzione avrebbe significato ignorare la crescente complessità delle realtà economiche e la conseguente frammentazione delle relative fondamento operative*”.¹³⁹

Si tratta, inoltre, di una scelta che si spiega in termini di efficientismo punitivo dinnanzi ad un dato incontrovertibile consegnato dalla prassi secondo cui una parte cospicua dei reati di impresa è riferibile ai *managers*

¹³⁸ Cfr. DE MAGLIE, *L'etica ed il mercato: la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, 16

¹³⁹ Relazione governativa al d. lgs. n. 231/2001, 34

in posizione intermedia, i quali assumono rilevanti decisioni disponendo in concreto delle informazioni circa la lesione o il pericolo derivante dalle attività societarie sui beni giuridici tutelati.¹⁴⁰

Tale soluzione si impone anche in chiave di prevenzione del fenomeno della irresponsabilità e al fine di evitare preordinati “*scaricamenti verso il basso*” della responsabilità, in quanto consente di ridurre gli spazi di impunità dell’organizzazione, individuando un livello decisionale cui è riferibile la responsabilità dell’ente.

Ora, occorre interrogarsi sulla esatta estensione di tale categoria di soggetti qualificati ed, in particolare, se la soggezione alla direzione o vigilanza di un soggetto apicale sia una qualificazione esclusiva dei prestatori di lavoro subordinato in quanto tali inseriti strutturalmente ed in via di continuità nella organizzazione della *societas* ovvero se sia rinvenibile anche con riferimento ai collaboratori esterni, ossia quei soggetti che, pur non legati da un rapporto di lavoro subordinato con l’ente, prestano attività a suo favore sotto la vigilanza degli apicali in forza di un incarico di fonte contrattuale e relativo a singoli affari.¹⁴¹

Se la appartenenza formale all’organizzazione dell’ente costituisce certamente un criterio di qualificazione rilevante, non è al contempo esclusivo in quanto è dato individuarsi situazioni in cui il conferimento di un incarico all’esterno sotto la direzione e vigilanza di soggetti apicali costituisce l’occasione per la commissione di reati a vantaggio o nell’interesse dell’ente. Ciò che rileva è, infatti, che l’ente sia impegnato da una attività i cui effetti siano ascrivibili alla sua sfera giuridica.¹⁴²

¹⁴⁰ Così DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, op. cit., 27

¹⁴¹ Vedi BASSI-EPIDENDIO, op. cit., 159

¹⁴² In tal senso PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, nt. 28, 426

Si tratta di una situazione rinvenibile con riferimento a numerose categorie di collaboratori esterni, che nello svolgimento dell'incarico perdano la loro autonomia a favore dell'ente.¹⁴³ Ed è una soluzione imposta da considerazioni di effettività della disciplina punitiva recata dal d.lgs. n. 231/2001, la quale altrimenti sarebbe facilmente eludibile mediante il semplice conferimento di incarichi esterni così da recidere il nesso formale di collegamento con l'ente collettivo, in quanto sarebbe sufficiente all'ente, per andare esente da responsabilità, concludere un qualsiasi contratto di esternalizzazione delle attività, su cui di fatto mantiene un potere di vigilanza e direzione. Tuttavia, è innegabile che permane un certo margine di incertezza sul grado di sottoposizione sufficiente a ravvisare la posizione para subordinata in capo agli esterni. Ad ogni modo, la prassi non solo pretoria, ma anche dei modelli organizzativi mostra di accogliere tale ricostruzione interpretativa, in quanto essi sono predisposti in considerazione anche dell'onere di contenimento del rischio di reati riferibili ai lavoratori autonomi incaricati dall'ente.¹⁴⁴

Il doppio binario così tratteggiato in merito alla persona fisica autrice del reato presupposto ha fatto sorgere in dottrina un ampio dibattito sulla incidenza della delega di funzioni sui criteri oggettivi di ascrizione della responsabilità, ed in particolare sulla corretta qualificazione come apicale o sottoposto del soggetto delegato all'esercizio di singole e specifiche funzioni di competenza di uno dei soggetti apicali.¹⁴⁵

Orbene, si scontra, da un lato, il criterio relativo alla natura della funzione delegate, il quale dovrebbe indurre a qualificare il delegato come apicale in quanto svolge le funzioni di amministrazione, direzione e rappresentanza ex

¹⁴³ Così DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, op. cit., 28

¹⁴⁴ Vedi DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., 155-156

¹⁴⁵ Vedi SGUBBI-ASTROLOGO, op. cit., 150

art. 5, lettera a), e dell'altro la riserva in capo al delegante di poteri di sorveglianza che depone in senso contrario. In tale quadro il legislatore nel 2008 ha normato le condizioni di ammissibilità della delega di funzione, tra cui la attribuzione al delegato di *“tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate e l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate”*. Pertanto, viene introdotto un criterio di equivalenza tra funzioni delegate e poteri, nel senso che al delegato sono riconosciuti tutti i poteri necessari alla natura della funzione da svolgere. Sicché, la natura “apicale” delle funzioni delegate, di cui per espressa previsione normativa partecipano i poteri attribuiti al delegato, depone nel senso della qualificazione di tali soggetti come apicali,¹⁴⁶ in considerazione anche della prospettiva funzionale accolta dal legislatore nell'art. 5, d.lgs. n.231/2001. Orbene, ciò che rileva ai fini dell'inquadramento imposto dal formante legislativo non è la titolarità formale della funzione, ma il concreto esercizio della stessa rispetto a cui assumono centralità le concrete condizioni in cui la funzione è esercitata.

Tale ricostruzione ha, tra l'altro, trovato sostegno anche dalla giurisprudenza della Cassazione, la quale ha chiarito come l'obbligo di vigilanza del delegante, il quale pur persiste nonostante la delega, riguarda precipuamente la *“correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato medesimo e non impone il controllo, momento per momento, delle modalità di svolgimento delle lavorazioni”*.¹⁴⁷ Di talché, in capo al delegante persiste ed è esigibile non un controllo puntuale e specifico, ma un controllo di carattere generale e complessivo, avente ad oggetto la funzionalità e la

¹⁴⁶ In tal senso si esprime la dottrina maggioritaria tra cui VITARELLI, *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano 2008, 164

¹⁴⁷ Cass. Pen. Sez. IV, 1 febbraio 2012, in www.italgiure.it

adeguatezza del modello globalmente considerato, che non incide sulla apicalità delle funzioni delegate.¹⁴⁸

2.3 Il secondo requisito oggettivo: l'interesse ed il vantaggio in capo all'ente

La commissione di un reato che rientri nel catalogo dei reati presupposti da parte di un soggetto apicale o sottoposto all'altrui direzione o vigilanza di cui all'art. 5, è condizione necessaria ma non sufficiente per la ascrizione di responsabilità in capo all'ente. Affinché si traduca in termini normativi la idea di immedesima organica su cui si costruisce la responsabilità per fatto proprio della persona giuridica, il legislatore tipizza nell'art. 5, c.1, d.lgs. n. 231/2001 il criterio oggettivo di imputazione mediante il riferimento alla commissione di reati *“nel suo interesse o vantaggio”*.¹⁴⁹ Pertanto, *“la prova di un collegamento rilevante tra individuo e persona giuridica consente di identificare l'organizzazione come assoluta protagonista di tutte le vicende che caratterizzano la vita sociale ed economica della impresa e quindi anche come fonte di rischio di reato”*.¹⁵⁰ Sicché, tale requisito attualizza la potenziale attitudine ad impegnare la persona giuridica, collegata alle qualifiche soggettive di cui prima, in quanto la responsabilità della *societas* reclama che l'illecito realizzato *“coinvolga concretamente la sfera di interessi che definisce il profilo della sua soggettività”*.¹⁵¹

¹⁴⁸ In tal senso si esprime DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti*, op. cit., 30

¹⁴⁹ Vedi PIERGALLINI, *Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma*, in *Questione Giustizia*, 2002, 582

¹⁵⁰ DE MAGLIE, op. cit., 332

¹⁵¹ Così si esprime DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., 156-157

Ad ogni modo, la scelta legislativa ha suscitato numerosi dubbi interpretativi circa il significato da attribuire al binomio interesse vantaggio e alla rilevanza alternativa o paritaria, nel senso se essi individuino un binomio inscindibile oppure una area di rilevanza differenziata che ne impone un apprezzamento autonomo.

Una parte della dottrina, avallata anche da alcune pronunce della giurisprudenza di legittimità, ritiene che si tratti di due criteri concettualmente distinti cui riferire un autonomo ambito di operatività.¹⁵² Deporrebbe in tal senso la Relazione governativa secondo cui l'interesse caratterizza in senso marcatamente soggettivo la condotta della persona fisica e sarebbe suscettibile di un accertamento *ex ante*, mentre il vantaggio assumerebbe un significato di natura oggettiva, empiricamente verificabile mediante un accertamento *ex post*.¹⁵³ Sicché, l'interesse preesisterebbe animando l'agente alla commissione del fatto di reato, mentre il vantaggio identificherebbe il beneficio effettivamente conseguito anche se non originariamente perseguito.¹⁵⁴

Tuttavia, si tratta di una ricostruzione evidentemente in tensione sia con il dato normativo sia con la logica complessiva del sistema di responsabilità dell'ente fondata sulla idea di appartenenza, nel senso che *“la previsione di una serie di nessi serve ad isolare il centro di imputazione, cui ricondurre il reato, solo sulla base di una relazione oggettiva, significativa e specifica”*.¹⁵⁵ Sicché, una ricostruzione della struttura dell'illecito dell'ente che valorizzi le istanze costituzionali connesse alla natura marcatamente punitiva dell'addebito mosso alla organizzazione collettiva, impone di individuare

¹⁵² In tal senso SCOLETTA, *Responsabilità ex crimine dell'ente e dei delitti colposi di evento: la prima sentenza di condanna*, in *Soc.*, 2010

¹⁵³ Così DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, *op. cit.*, 374

¹⁵⁴ Cass. Pen., sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615 in www.italgiure.it

¹⁵⁵ SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006, 106

nell'interesse il criterio esclusivo di responsabilità della *societas*, cui il fatto di reato commesso può essere imputato come fatto suo proprio. Pertanto, mentre il criterio dell'interesse si pone quale unico rilevante in quanto identifica quel collegamento necessario per garantire che l'ente risponda per un fatto che gli appartiene e per scongiurare la violazione del divieto di responsabilità per fatto altrui che informa il diritto punitivo, il criterio del vantaggio pare essere una mera variabile casuale che potrebbe anche sussistere nel caso concreto, senza, tuttavia, fondare per ciò solo l'addebito di responsabilità.¹⁵⁶ Orbene, il vantaggio possiede una dimensione esclusivamente oggettiva, sicché il suo obiettivo prodursi a favore dell'ente non esprime alcun valore di partecipazione dell'ente al fatto di reato fonte del vantaggio medesimo. È, piuttosto, l'interesse a svolgere una essenziale funzione di delimitazione esterna in quanto designa un livello di appartenenza definibile “per destinazione” dell'illecito alla cura degli interessi dell'ente, nel senso della obiettiva destinazione del fatto di reato alla cura di tali interessi, trattandosi dell'unica componente sostanziale riferibile all'ente collettivo.¹⁵⁷ Sicché, occorre attribuire “*alla disposizione un significato unitario, polarizzato sul concetto stabile e pregnante di interesse*”.¹⁵⁸

Ed a conferma della validità di tali conclusioni si pongono anche gli indici normativi contenuti nel d.lgs. n. 231/2001, il quale risulta costruire la responsabilità dell'ente intorno all'interesse quale presupposto indispensabile, in quanto la eventuale mancanza del vantaggio perseguito con la realizzazione del reato non incide sulla responsabilità dell'ente collettivo.¹⁵⁹ In tal senso depone l'art. 5, c.2 il quale esclude tale

¹⁵⁶ Cfr. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, op. cit., 374

¹⁵⁷ Così SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, op.cit., 107-108

¹⁵⁸ SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, op.cit., 112

¹⁵⁹ Vedi RIVERDITI, op. cit., 182

responsabilità se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi, venendo meno in tale ipotesi una interruzione del rapporto di immedesimazione organica, che impedisce di ritenere il fatto commesso della persona giuridica come fatto alla stessa appartenente, come fatto suo proprio, anche se produttivo di un vantaggio da ritenersi come vantaggio fortuito.¹⁶⁰

A definitiva conferma si pone l'art. 12, comma 1, lettera a), a mente di cui è prevista la riduzione della sanzione pecuniaria della metà se "*l'autore del reato ha commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo*". Sicché, l'interesse della società quale presupposto della relativa responsabilità non deve assumere consistenza di prevalenza, essendo piuttosto sufficiente che esso sia anche solo parziale o marginale, mentre l'assenza di vantaggio non incide né sul piano della responsabilità né sul piano di una differente modulazione della risposta sanzionatoria.

Tra l'altro tale ricostruzione interpretativa, che assegna esclusiva rilevanza all'interesse, trova conferma sistematica nell'art. 25^{ter}, d. lgs. n. 231/2001, il quale nell'introdurre la clausola di collegamento dei reati societari alla disciplina generale della responsabilità dell'ente collettivo, omette qualsiasi riferimento al vantaggio, si dà confermare che l'interesse costituisca "*la soglia iniziale di imputazione*"¹⁶¹, quel nesso di collegamento minimo ma sufficiente alla ricostruzione della responsabilità della *societas* come una forma di reazione ad un fatto ad essa appartenente.

Occorre, a questo punto, interrogarsi sulla esatta intelligenza dell'interesse da cui dipende la *chance* di riconoscere al vantaggio, cui fa comunque riferimento l'art. 5, una qualche funzione. Non risulta condivisibile quella

¹⁶⁰ In tal senso DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, op. cit., 374-375

¹⁶¹ In tal senso SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, op. cit., 112-113

dottrina, di cui prima, che attribuisce all'interesse un significato soggettivo da accertarsi *ex ante*, in ciò avallata dalla Relazione di accompagnamento al decreto¹⁶². Orbene, l'interesse non va inteso come una componente psicologica dell'autore del reato presupposto che anima e sorregge la sua condotta, ma come proiezione finalistica della condotta cui risulta connessa.¹⁶³

Sorreggono tale conclusione, oltre gli indici normativi prima menzionati, anche innegabili esigenze di certezza nel relativo accertamento in quanto la soggettivizzazione esporrebbe al rischio di escludere la responsabilità della *societas* in caso di mancata identificazione della persona fisica.¹⁶⁴ Ma ancora di più impone di fuggire da 'tentazioni psicologizzanti' il ruolo di tale nesso di collegamento nella struttura della fattispecie, il cui accertamento sarebbe di fatto reso impossibile in quanto si tradurrebbe nell'accertamento del solo movente che ha indotto alla commissione del reato.¹⁶⁵ Il collegamento del reato con l'ente non può essere rimesso alle intenzioni soggettive, ma deve fondarsi su dati oggettivi costituito da un interesse dell'ente "*riconoscibilmente connesso alla condotta dell'autore del reato*".¹⁶⁶

Tra l'altro, questa connessione riconoscibile costituisce, a ben vedere, un naturale corollario della teoria dell'immedesimazione organica dell'ente, in forza della quale i suoi organi costituiscono il mezzo per il raggiungimento del fine istituzionale, cosicché il relativo agire è riferibile all'ente in quanto oggettivamente connesso alla realizzazione dello scopo. Pertanto, seppur non si giunga a immaginare che la programmazione societaria ricomprenda

¹⁶² Vedi DE MAGLIE, *L'etica ed il mercato*, op.cit., 332 ss.

¹⁶³ In tal senso, tra gli altri, COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2004, 95 ss e DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., 160

¹⁶⁴ Cfr. RIVERDITI, op. cit., 183-184

¹⁶⁵ *Ibidem*

¹⁶⁶ Così PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti*, op. cit., 425-426

lo svolgimento di attività criminose, si richiede che in base ad un giudizio prognostico il risultato criminoso perseguito sia oggettivamente coerente con gli scopi della *societas*, le cui attività essenziali sono così avvantaggiate dalla realizzazione del reato.¹⁶⁷

Se, tuttavia, tale connessione, la quale potrebbe essere accertata mediante i già noti criteri di idoneità e non equivocità, è facilmente accertabile con riferimento a fattispecie in cui emerge la proiezione finalistica della condotta, altre fattispecie impongo, piuttosto, la ricostruzione della reale intenzione dell'agente da raffrontare con la oggettiva idoneità della condotta.¹⁶⁸

Una volta assunta una accezione oggettiva della dimensione dell'interesse, la quale esclude la responsabilità dell'ente qualora il reato commesso non sia *ex ante* coerente con i suoi scopi istituzionale, il vantaggio si traduce nella concretizzazione *ex post* dell'interesse.¹⁶⁹ Di talché, l'accertamento dell'effettivo conseguimento del vantaggio a favore dell'ente può assumere un significato processuale, nel senso che è suscettibile di assumere valore di presunzione relativa circa la sussistenza di un interesse della persona giuridica, su cui graverà l'onere di provare che l'autore del reato abbia agito nell'esclusivo interesse proprio o di terzi, in modo tale da escludere il nesso di immedesimazione organica.¹⁷⁰ Pertanto, stante la unitarietà della posizione interesse/vantaggio, che ne esclude un rapporto di alternatività, si valorizza la scelta legislativa sul piano della inversione dell'onere probatorio, in quanto il vantaggio conseguito dall'ente vale quale indice presuntivo della rispondenza del reato all'interesse della *societas*.

¹⁶⁷ Vedi RIVERDITI, *op. cit.*, 187

¹⁶⁸ In tal senso DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato, op. cit.*, 378

¹⁶⁹ Così RIVERDITI, *op. cit.*, 190

¹⁷⁰ Cfr. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato, op. cit.*, 379

2.3.1 I “gruppi di società”, l’interesse esclusivo dei terzi e le possibili tensioni con il principio di riserva di legge

L’ultimo comma dell’art. 5, il quale esclude la responsabilità dell’ente qualora l’autore del reato presupposto abbia agito nell’interesse esclusivo proprio o di un terzo in quanto viene a mancare la connessione oggettiva tra ente reato,¹⁷¹ parrebbe essere una norma dalla dubbia rilevanza, limitandosi a ribadire in negativo quanto già affermato dal legislatore nel comma 1. Ciò parrebbe essere coerente con le intenzioni del legislatore storico, il quale nella Relazione di accompagnamento afferma che *“la norma stigmatizza il caso di rottura dello schema di immedesimazione organica; si riferisce cioè alle ipotesi in cui il reato della persona fisica non sia in alcun modo riconducibile all’ente perché non realizzato neppure in parte nell’interesse di questo”*.

Sicché, il legislatore attribuisce al solo interesse esclusivo e non anche all’interesse misto, ossia alla ipotesi in cui il reato sia posto in essere per il perseguimento sia di un interesse proprio dell’agente sia dell’interesse della *societas*, l’idoneità ad escludere la responsabilità della persona giuridica. Il nesso di collegamento oggettivo richiesto non è fondato sul criterio di prevalenza, sì da attivare la risposta punitiva la sola parziale funzionalizzazione della attività criminosa all’interesse dell’ente.

Di tal guisa, si apprezza già solo la dimensione minima dell’interesse che fonda il primo momento di ascrizione dell’evento reato all’ente. Depone in tal senso l’art. 12, d. lgs. n. 231/2001, il quale tiene ferma la responsabilità dell’ente anche in caso di concorso tra interesse prevalente della persona fisica ed interesse minoritario della persona giuridica, pur prevedendo una

¹⁷¹ Cfr. SGUBBI-ASTROLOGO, *op. cit.*, 161

riduzione della sanzione in caso di vantaggio minimo o nullo,¹⁷² così da introdurre un elemento di flessibilità nel rigido rapporto tra l'agire pienamente riconducibile all'ente ex art. 5, c.1 e l'agire individuale egoistico ex art. 5 c.3.¹⁷³

Tale norma potrebbe acquisire rilievo ove si qualifichi la impresa facente parte del gruppo societario quale soggetto terzo in relazione alla commissione del reato, rispetto a cui potrebbe operare tale disposizione. Una soluzione di segno opposto, da un lato, darebbe luogo ad un possibile concorso di responsabilità degli enti che beneficiano dell'attività criminosa e dall'altro lato importerebbe l'ammissione di una responsabilità in proprio di un ente per un reato commesso nell'interesse di una altra società facente parte del medesimo gruppo.¹⁷⁴ Sicché, si indirizzerebbe la risposta punitiva avverso una persona giuridica, pur mancando il collegamento nella sua forma minima dell'interesse, solo in quanto il gruppo costituisce quel contesto occasionale della commissione dell'attività illecita.

Di tal guisa, è evidente come la eventuale estensione alla impresa beneficiaria del reato della responsabilità per il reato posto in essere nel suo interesse da altra impresa facente parte del gruppo, in forza della considerazione unitaria di esso sotto il profilo dell'interesse sotteso, crea un duplice momento di tensione. In primo luogo, con il principio di personalità dell'illecito, in quanto l'ente beneficiario risponderebbe di un fatto altrui seppur ad esso connesso in ragione del criterio oggettivo dell'interesse. In secondo luogo, sotto il profilo del divieto di analogia *in malam partem*, in quanto consentirebbe di eludere le scelte legislative in punto di enti destinatari della responsabilità, estendendo la sanzione anche ad enti

¹⁷² Vedi SGUBBI-ASTROLOGO, *op. cit.*, 162

¹⁷³ In tal senso SELVAGGI, *L'interesse dell'ente collettivo*, *op. cit.*, 19

¹⁷⁴ Vedi RIVERDITI, *op. cit.*, 192

esclusivi dall'ambito applicazione della disciplina punitiva recata dal d.lgs. n. 231/2001.

In giurisprudenza un più risalente orientamento aveva accolto la tesi estensiva, escludendo che la impresa facente parte del gruppo potesse essere considerata come terza e in quanto tale rilevante ai sensi dell'art. 5 c.2. Si è, a tal fine, valorizzato variamente il ruolo del soggetto apicale, il cui coinvolgimento nel reato sarebbe sintomo della finalizzazione dell'atto all'interesse dell'intero gruppo di società.¹⁷⁵ Sicché, sarebbe sufficiente secondo tale filone giurisprudenziale un rapporto qualificato tra autore della persona fisica e società controllante.

Tuttavia, una più recente giurisprudenza di legittimità¹⁷⁶ ha sostanzialmente modificato tale indirizzo, escludendo che la mera presenza di un gruppo sia sufficiente per fondare la responsabilità della capogruppo. Orbene, la mera attività di direzione e coordinamento non basta a individuare quell'interesse unitario che consente di estendere la responsabilità a tutte le imprese del gruppo, dovendosi piuttosto riscontrare un interesse diretto ed immediato.¹⁷⁷

3. Gli elementi soggettivi dell'illecito dell'ente

Il rapporto di immedesimazione organica vale solo a individuare un nesso di collegamento oggettivo tra reato commesso ed ente, ma non assume alcun valore sul piano individuale, sicché non è possibile estendere alla *societas* i coefficienti psicologici della responsabilità della persona fisica, autrice del reato, dovendosi piuttosto ricostruire una differente e precipua colpevolezza

¹⁷⁵ Trib. Milano, 20.12.2004

¹⁷⁶ Cass. Pen., sez. V, 20 giugno 2011, in www.penalecontemporaneo.it

¹⁷⁷ Vedi SGUBBI-ASTROLOGO, *op. cit.*, 164

dell'ente che assume il valore di una sorta di colpevolezza normativa.¹⁷⁸ Tuttavia, occorre precisare come evidentemente tale colpevolezza sia in rapporto di alterità con l'analogia espressione che designa il terzo elemento di struttura del reato, il quale si fonda su un giudizio di rimproverabilità non esattamente esportabile alle persone collettive, in quanto incentrato sul dolo, sulla imputabilità.¹⁷⁹ Pertanto, ai fini della responsabilità dell'ente occorre non solo la ascrizione ad esso sul piano oggettivo mediante i criteri di cui all'art. 5, ma occorre che il reato sia espressione di una politica aziendale o di una colpa di organizzazione che riscontrano un criterio soggettivo di collegamento precipuo e proprio dell'ente.

I criteri soggettivi di imputazione sono tipizzati negli artt. 6 e 7, d. lgs. n. 231/2001 in funzione della tipologia di autori individuali, norme nelle quali non si parla espressamente di colpevolezza o rimproverabilità dell'ente, ma che sono generalmente ritenute come espressive di una vera colpevolezza d'organizzazione.¹⁸⁰ A tale colpevolezza pare far riferimento l'art. 11, comma 1, d. lgs. n. 231/2001, il quale tra i parametri di commisurazione della sanzione ricomprende il grado di responsabilità dell'ente, nonché l'art. 13, comma 1, lettera a), il quale dispone che, in caso di commissione del reato presupposto da parte di un sottoposto, la applicazione delle sanzioni interdittive sia subordinata, tra l'altro e non solo, alla efficacia determinante o agevolatrice delle gravi carenze di organizzazione.¹⁸¹

Mentre, con riferimento alla colpevolezza per la politica di impresa nella ipotesi di responsabilità dell'ente per il fatto degli apicali, sembrerebbe crearsi una sorta di corto circuito. Orbene, in ragione della teoria della

¹⁷⁸ Così DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., 164

¹⁷⁹ Vedi RIVERDITI, op. cit., 208-209

¹⁸⁰ Fra tutti, in tal senso, DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, LATTANZI (a cura di), Milano, 2010, 85

¹⁸¹ Cfr. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, op. cit., 391

immedesimazione organica non è dato distinguere una colpevolezza dell'ente dalla colpevolezza dell'apicale, autore del reato presupposto, in quanto egli esprime e rappresenta la politica della impresa, forma e manifesta impegnando la volontà della impresa.

Al contempo, tuttavia, il legislatore introduce all'art. 6 una scusante, la cui operatività è subordinata alla dimostrazione da parte dell'ente della assenza di una colpevolezza propria, ossia di una colpevolezza di organizzazione, oltre che delle altre condizioni indicate nella norma.¹⁸² Si tratta di una inversione dell'onere della prova, la quale si fonda sulla presunzione che il reato sia espressivo della politica di impresa, sulla identificazione sostanziale tra colpevolezza individuale e colpevolezza della persona giuridica,¹⁸³ identificazione che occorre superare perché l'ente benefici della causa di esclusione della colpevolezza e vada esente da responsabilità. Pertanto, il legislatore, da un lato, pare costruire la responsabilità dell'ente per il reato commesso dagli apicali intorno alla identificazione tra la volontà da questi espressa e la volontà della *societas*, mentre nell'art. 6 sembra predicare una scindibilità tra tali volontà.

Per uscire dalla *empasse* una parte della dottrina propone di prescindere dalla colpevolezza della persona giuridica, a cui si imputa la colpevolezza individuale¹⁸⁴, mediante un meccanismo di estensione oggettiva che rinuncia alla ricostruzione di un requisito volitivo proprio dell'ente collettivo. Tuttavia, si tratta di una ricostruzione teorica che, seppur autorevolmente sostenuta, non risulta del tutto soddisfacente ove si consideri l'art. 8, d. lgs. n. 231, il quale consente di prescindere dalla colpevolezza dell'autore del fatto di reato presupposto in taluni casi ivi indicati, tra cui non rientra la

¹⁸² Vedi DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, *op. cit.*, 392

¹⁸³ Così RIVERDITI, *op. cit.*, 212

¹⁸⁴ In tal senso PULITANÒ, *op. cit.*, 430

previsione ex art. 6, ovvero ove si considerino i frequenti casi di irresponsabilità individuale organizzata. Dinanzi alla impossibilità di accertare l'autore del reato presupposto, il legislatore si troverebbe dinanzi a due alternative ugualmente non percorribili, in quanto dovrebbe rinunciare all'esercizio di qualsiasi pretesa punitiva ovvero dovrebbe ammettere una responsabilità dell'ente senza colpa, insostenibile in forza del principio personalistico che informa non solo la responsabilità autenticamente penale, ma ogni forma di responsabilità punitiva.

Di contro, le considerazioni di cui prima divengono facilmente spiegabili ove si accolga una nozione di colpevolezza dell'ente autonoma rispetto a quella del reato, per come accennato nei paragrafi iniziali in cui si è cercato di recare una nozione di colpevolezza che valorizzi le componenti soggettive ascrivibili all'ente in una irrinunciabile chiave costituzionale, cui soggiace l'ente in ragione della natura marcatamente punitiva dell'apparato sanzionatorio a suo carico.

Una colpevolezza di organizzazione, di contro, si profila con maggiore chiarezza per i reati commessi da un sottoposto, ove la responsabilità dell'ente segue il modello bifasico di cui all'art. 7, in forza di cui l'ente risponde se la commissione del reato sia stata agevolata dalla inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza, la quale inosservanza è esclusa nel caso di adozione ed efficiente attuazione di un modello di organizzazione, controllo e gestione idoneo alla prevenzione di reati della specie di quello concretamente commesso.¹⁸⁵ Si tratta di una disposizione che, al di là del difficile coordinamento tra le previsioni di cui ai commi 1 e 2, evidenzia l'autonoma ricostruzione di una colpevolezza della *societas* fondata sui modelli di organizzazione.

¹⁸⁵ Cfr. RIVERDITI, *op. cit.*, 211-212

Ad ogni modo, essa presuppone la individuazione dei destinatari degli obblighi di direzione o vigilanza, che, secondo una parte della dottrina,¹⁸⁶ sarebbero i soggetti apicali istituzionalmente deputati all'esercizio di tali poteri. Altra parte della dottrina¹⁸⁷ ritiene che tali obblighi non gravino su uno specifico soggetto, ma sulla persona giuridica unitariamente considerata, sì da considerare la colpevolezza d'organizzazione come già tipicizzata nella clausola di cui all'art. 7,¹⁸⁸ e da considerare l'adozione di un idoneo modello organizzazione quale modalità tipica di adempimento dei doveri di controllo.

3.1 Modelli di organizzazione e gestione: idoneità ed efficacia

L'insieme dei criteri di ascrizione soggettiva di cui prima si fonda sulla adozione ed efficace attuazione, prima della commissione del reato, di modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi. Come accennato in precedenza, la predisposizione di tali modelli di prevenzione del rischio di reato assolve non solo alle tradizionali funzioni di prevenzione del reato, ma rende l'ente compartecipe della regolazione mediante un processo di autonormazione, gravando su di esso i relativi oneri predispositivi ed attuativi.

Se è condiviso che il ruolo di tali modelli sia sensibilmente diverso in funzione dei reati presupposto che possono attivare la responsabilità dell'ente, così come è pacifico che la adozione di modelli preventivi idonei escluda la responsabilità della *societas* unitamente ad altri requisiti in caso di reato commesso da apicali, è di contro dibattuto se sia predicabile una

¹⁸⁶ Vedi COCCO, *L'illecito*, op. cit., 108 ss.

¹⁸⁷ Vedi DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., 192

¹⁸⁸ Vedi DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, op.cit., 395

diversità di contenuti dei modelli richiesti ex artt. 6 e 7. Orbene, secondo la teoria monistica è sufficiente un unico modello di organizzazione e gestione idoneo ad essere fatto valere nei confronti di entrambe le sottocategorie di reati, mentre la teoria dualistica valorizza le differenze nella formulazione letterale delle due disposizioni, sicché il diverso ruolo dei soggetti che impegnano la responsabilità dell'ente impone la costruzione di modelli differenziati a seconda del ruolo apicale o meno degli autori dei reati presupposti.¹⁸⁹

Ad ogni modo, diviene essenziale la valutazione di efficacia e idoneità del modello di prevenzione, specie laddove a tale modello sia assegnato il ruolo di causa di esonero della responsabilità. Si tratta di un accertamento rimesso alla giurisdizione penale, così da estendere alla persona giuridica le garanzie tipiche dell'imputato persona fisica, che ha suscitato numerose perplessità non tanto perché sia rimesso a tale giudice l'accertamento di una responsabilità formalmente amministrativa, ma quanto per la assenza di una normativa che descriva nel dettaglio i contenuti dei modelli sì da limitare la discrezionalità giudiziaria.¹⁹⁰

Tuttavia, risulta difficile immaginare una predeterminazione legale del modello organizzativo stante la imponderabilità in assoluto del rischio reato, il quale è esposto ad innumerevoli variabili, insuscettibili di una valutazione preventiva, tali da imporre un dovere di auto organizzazione dell'ente.¹⁹¹ *“Il modello non può consistere in un manufatto preconfezionato, ma deve*

¹⁸⁹ Per una visione completa si veda DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op.cit., 169 e ss. e CORBELLA – POZZA, *“Modello 231” e “sistema di controllo interno”: sovrapposizione e differenziazione. Implicazioni in termini di costi e benefici sull’assetto degli organi di controllo e vigilanza*, in CENTONZE-MANTOVANI a cura di, *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 51 ss.

¹⁹⁰ Cfr. FIDELBO, *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, A.M. STILE- V. MONGILLO- G. STILE (a cura di), Napoli 2013, 174

¹⁹¹ In tal senso PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d. lgs. n.231/2001)*, in *Cass. Pen.*, 1/2013, 382

*rappresentare una confezione sartoriale, adattandosi alle specificità dei contesti: perché le imprese sono l'una diversa dall'altra; svolgono diverse attività, che presentano differenti focolai di rischio-reato”.*¹⁹²

Sicché, risulta ampiamente giustificata la scelta del legislatore del 2001 di limitarsi a definire agli artt. 6 e 7 le esigenze cui devono rispondere i modelli predisposti dagli enti, rimettendo al giudice penale il compito di valutare la idoneità delle cautele adottate. Ed il riconoscimento di un tale giudizio valutativo, intriso di discrezionalità ineliminabile, confligge con l'interesse delle imprese a disporre di parametri preventivi e predefiniti di valutazione della idoneità e dell'efficacia del modello predisposto al fine di neutralizzare non solo il rischio di un illecito, ma anche di un processo e della relativa condanna.¹⁹³

Ed, in effetti, il legislatore aveva tentato di contemperare tali opposte esigenze in tensione mediante la previsione all'art. 6, c.3, di un procedimento di competenza del Ministero della Giustizia diretto alla approvazione di codici di comportamento all'uso predisposti da associazioni di categoria delle imprese, così da ridurre la disomogeneità nell'attività di autoregolazione e da attribuire al Ministero un compito di assicurare una certa omogeneità. Tuttavia, tale soluzione ha mostrato i suoi limiti in ragione della tendenza del dicastero ad una gestione burocratica delle procedure, rinunciando all'opera di conformazione e di indirizzo che il legislatore del 2001 aveva inteso conferirgli.¹⁹⁴

Ad ogni modo, risulta chiaramente come il legislatore abbia inteso declinare il giudizio di idoneità ed efficacia del modello di *compliance* in un duplice

¹⁹² MANES-TRIPODI, *L'idoneità del modello organizzativo*, in *La responsabilità 'penale' degli enti. Dieci proposte di riforma*, CENTONZE-MANTOVANI (a cura di), Bologna, 2016, 137

¹⁹³ Cfr. FIDELBO, *L'accertamento del modello organizzativo*, *op.cit.*, 176

¹⁹⁴ Così FIDELBO, *ibidem*, 177

momento, dovendosi, di fatti, distinguere tra adozione e attuazione.¹⁹⁵ Con riferimento al primo momento rileva la disposizione di cui all'art. 6 c.2, avente ad oggetto il contenuto minimo delle cautele da adottare consistente nell'analisi del rischio, nelle misure preventive e nelle misure sanzionatorie¹⁹⁶, disposizione la quale fonda un giudizio documentale in astratto di tipo prognostico sul rispetto di tali contenuti e sul funzionamento del modello.

Tuttavia, il legislatore ha inteso articolare un secondo momento valutativo che impone un accertamento *ex post* sulla efficacia del modello adottato, di cui, pertanto, si valuta in concreto il funzionamento, da intendersi, tuttavia, non come penetrante controllo della attività di impresa, ma come giudizio di idoneità in concreto delle cautele adottate a prevenire i reati della specie di quello verificatosi. Sicché, tale giudizio si declina non in un controllo onnicomprensivo, non in un giudizio di idoneità in assoluto, ma di idoneità preventiva di rischio di reati noti e conoscibili.¹⁹⁷ Ed è stato evidenziato come tale giudizio concorre come uno degli elementi su cui fondare il rimprovero per colpa secondo una concezione normativa della stessa, e come tale giudizio di idoneità assuma un valore esimente o attenuante a seconda del momento in cui il modello viene adottato, per come meglio approfondito nel corso della tesi.¹⁹⁸

Ad ogni modo, ai sensi dell'art. 6, d.lgs. n. 231/2001 è l'ente a dover dimostrare la adozione e la efficace attuazione del modello di organizzazione, sicché la operatività della relativa clausola di esenzione

¹⁹⁵ VIGNOLI, *La struttura del modello di organizzazione, gestione e controllo del rischio reato*, in *Resp.amm.soc.*, 2007, 3

¹⁹⁶ Vedi PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d. lgs. n.231/2001)*, in *Cass. Pen.*, 2/2013

¹⁹⁷ Cfr. FIDELBO, *op. cit.*, 179-180

¹⁹⁸ In dottrina, fra tutti, VILLANI, *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016

della responsabilità è subordinata a tale inversione dell'onere probatorio, che sgrava l'accusa della prova del difetto di organizzazione.¹⁹⁹

Tra l'altro, la commissione di un reato non equivale a prova insuperabile dell'inefficacia e del mal funzionamento del modello di gestione e della responsabilità in capo all'ente, qualora il mal funzionamento sia dipeso dalla volontaria e fraudolenta elusione da parte degli stessi autori del reato. In tali evenienze il d.lgs. n. 231 esclude la responsabilità dell'ente, in quanto la fraudolenta elusione costituisce un rischio accettabile, con onere probatorio a carico dell'ente. Ad ogni modo, l'ente, per andare esente da responsabilità, è tenuto a fornire la prova che l'illecito *“sia stato determinato da una abnorme risoluzione del soggetto attivo, attuata in modo fraudolento, tanto da sottrarsi alla vigilanza dei protocolli di gestione e dell'organo preposto al controllo”* tale per cui, la elusione fraudolenta *“non coincide con un semplice aggiramento volontario delle regole cautelari ma richiede che sia posto in essere un artificio”*.²⁰⁰

3.1.1 La “disorganizzazione” dell'ente quale elemento unificante i paradigmi punitivi previsti dagli artt. 6 e 7

Da quanto finora affermato emerge che gli artt. 6 e 7 assolvono alla essenziale funzione di subordinare la applicazione delle conseguenze sanzionatorie all'accertamento di un fatto proprio dell'ente, nonostante la intrinseca alterità tra l'autore del reato e l'ente che subisce tali conseguenze,

¹⁹⁹ Per un approfondimento del valore di tale norma si rinvia al capitolo II

²⁰⁰ FIDELBO, *op. cit.*, 190

fatto proprio dell'ente che viene tipizzato mediante la punizione di un illecito che colpisce la disorganizzazione della *societas* nell'esercizio dei poteri gestori del rischio.²⁰¹

Di talché, pare dunque che i modelli punitivi previsti da tale norma di legge siano tesi a porre a carico dell'ente un onere organizzativo orientato, come in precedenza visto, all'impedimento di taluni reati, introducendo una colpevolezza di organizzazione costruita intorno al deficit di quelle misure di diligenza autoimposte dalla società stessa.²⁰² Da cui, l'ente risponde o nel caso di mancata adozione del modello o di omissioni nell'esercizio di poteri di vigilanza o di inefficacia o inadeguatezza del modello rispetto al reato in concreto verificatosi.

In tal modo, appare evidente come alla *societas* sia mosso un addebito omissivo dotato di efficacia eziologica rispetto all'evento reato, in quanto il difetto di organizzazione, che si traduce nelle ipotesi di cui agli artt. 6 e 7, non è punito in quanto tale, ma in quanto agevolativo del reato. È la disorganizzazione, come sopra intesa, in quanto dotata di tale rilievo eziologico, a giustificare la responsabilità dell'ente e a unificare le previsioni che disciplinano il reato posto in essere dagli apicali ed il reato posto in essere dai sottoposti. Ed in tal senso il valore esimente della elusione fraudolenta conferma come alla persona giuridica sia rimproverato un difetto organizzativo, in quanto la predisposizione di adeguati ed idonei modelli escluda la colpevolezza dell'ente, qualora il reato consegua ad una volontaria e preordinata elusione delle cautele predisposte dall'organizzazione collettiva.

²⁰¹ Vedi RIVERDITI, *op. cit.*, 215

²⁰² In tal senso PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: d'ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. Giur.*, 2001 847

3.2 La responsabilità dell'ente e i reati commessi dai soggetti apicali

L'adozione e la efficace attuazione di idonei modelli organizzativi preventivi non è sufficiente ai fini della integrazione della fattispecie di esonero di responsabilità di cui all'art. 6, d.lgs. n. 231/2001, in relazione ai reati commessi dagli apicali. Discostandosi dalla legge delega, il legislatore delegato ha ritenuto di dover attribuire rilievo alla organizzazione dell'ente anche per i reati commessi da tali soggetti, rilievo, tuttavia non esclusivo.²⁰³

La fattispecie di esonero di cui all'art. 6 è costruita in chiave di inversione dell'onere della prova, in quanto dispone che l'ente non risponde se prova le circostanze ivi indicate, ma si tratta di un esonero incompleto in quanto il comma 5 fa salva la confisca del profitto che l'ente ha tratto dal reato, anche per equivalente, dove la confisca, avendo natura in questo caso di sanzione, presuppone un riconoscimento di responsabilità.²⁰⁴ Tuttavia, ridurre la portata di tale clausola di esonero al versante processualistico dell'onere della prova non consentirebbe di cogliere il tratto essenzialmente significativo dell'art. 6 e di differenziazione rispetto alla previsione di cui all'art. 7, che è dato dalla costruzione di una causa di esclusione della colpevolezza normativa di cui prima in forma di scusante.²⁰⁵

La operatività della esimente è subordinata non solo e non tanto alla predisposizione ed efficace attuazione dei modelli organizzativi, ma alla elusione fraudolenta del modello da parte del soggetto apicale, al fine di

²⁰³ Vedi DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., 179

²⁰⁴ Così PULITANÒ, *La responsabilità da reato degli enti*, op. cit., 428

²⁰⁵ Nel senso della qualificazione come esimente della fattispecie di cui all'art. 6 si esprime, tra gli altri, PIERGALLINI, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, GIARDA-SEMINARA (a cura di), Padova 2002, 75

circoscrivere l'esonero a situazioni limite in cui il soggetto apicale abbia frustrato il diligente rispetto delle regole da parte dell'ente nel suo complesso.²⁰⁶

Sicché, conviene distinguerne i relativi requisiti a secondo del contesto temporale in cui si collocano, in quanto la predisposizione di un organismo dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo con compiti di vigilanza si colloca in una fase fisiologica di vita dell'ente, espressivo di una politica aziendale orientata alla prevenzione dei reati, mentre la elusione fraudolenta si pone in un momento successivo rispetto alla commissione dell'illecito ove occorre interrogarsi sul funzionamento dell'organismo e sulla condotta degli apici.²⁰⁷

3.2.1 La funzione dell'organismo di vigilanza e la condotta fraudolenta dell'apice

L'organismo di vigilanza di cui all'art. 6, c.1, lett. b), d.lgs. n. 231/2001, assolve ad un ruolo essenziale nella clausola di esonero di cui prima, si da porsi come necessario la esatta identificazione dei compiti allo stesso attribuiti. Prima, tuttavia, di addentrarsi in una tale investigazione, occorre far un, seppur breve, cenno agli interrogativi sorti intorno alla nomina e composizione dell'organismo, in quanto si è discusso se sia necessaria la costituzione di un organo specifico o se, piuttosto, sia possibile attribuire le funzioni di vigilanza ad un organo dell'ente.

²⁰⁶ Così PULITANÒ, *op. cit.*, 428

²⁰⁷ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, op. cit.*, 182

La natura dei compiti e dei poteri che la legge richiede, connessi ai *compliance programs* da un lato e i poteri di cui è dotato l'organismo sembrano deporre nel senso della opportunità, ma non anche della obbligatorietà, della costituzione di nuovi soggetti cui riferire le attività di controllo, la cui nomina dovrebbe essere di competenza dell'assemblea dei soci, i quali sono maggiormente interessati alla prevenzione dei reati rispetto ai soggetti apicali.²⁰⁸ Tuttavia, il legislatore, pur non intervenendo con una disciplina generale, ha mostrato favore per una soluzione interna, in quanto con il c.d Decreto sviluppo del 2001 ha introdotto l'art. 4 *bis* che limitatamente alla fase di vigilanza ha previsto la attribuzione, peraltro facoltativa, delle funzioni dell'Organismo di vigilanza al collegio dei sindaci nelle società di capitali. Si tratta di una soluzione ispirata a logiche di semplificazione e di riduzione dei costi, la quale, tuttavia, sotto tale profilo si rivela insufficiente in quanto al risparmio legato alla nomina di componenti esterni segue un aumento dei costi legati alla attività del collegio sindacale, rispetto a cui si assiste ad una duplicazione di attività e iniziative.²⁰⁹

Al di là della composizione dell'Organismo, il valore centrale intorno a cui ruota l'essenza della sua attività è dato dalle condotte di cui sono onerati i suoi componenti, descritte dal legislatore in termini di “vigilare” sull'osservanza del modello di prevenzione, “verificare” l'efficacia del modello organizzativo e “curare” il suo aggiornamento, in quanto è

²⁰⁸ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., 183

²⁰⁹ Vedi CORBELLÀ-POZZA, “Modello 231” e “sistema di controllo interno”: aree di sovrapposizione e profili di differenziazione. Implicazione in termini di costi e benefici sull'assetto degli organi di controllo e vigilanza, in *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, op. cit., 67-68

dall'effettività di tali attività che discende il valore esimente nel caso di reati commessi dagli apici.²¹⁰

La vigilanza pare estrinsecarsi in una attività di controllo periodico volta a verificare la rispondenza dei comportamenti a modelli predeterminati in posizione di autonomia e indipendenza, ed in particolare il funzionamento e l'osservanza dei modelli di organizzazione e gestione dell'ente, di cui apprezzare la efficienza, la effettività e il complessivo andamento.²¹¹

Con riferimento all'attività di cura dell'aggiornamento dei modelli è da escludere una interpretazione che accolga un significato primo e immediato, senza tener conto del contesto normativo in cui si inserisce. Orbene, il verbo curare, da un lato, inteso letteralmente, identifica una attività di controllo immediatamente sovrapponibile a quella di vigilanza, si dà rendere superflua la sua menzione da parte del legislatore. Né è da accogliere la identificazione del "curare" in un potere di intervento diretto consistente nell'aggiornamento del modello, in quanto si attribuirebbe all'Organismo un potere gestorio che ne minerebbe la indipendenza ed imparzialità. Di talché, l'attività di curare si deve tradurre più correttamente in una attività di carattere propositivo che si declini anche nella formulazione di una proposta di modifica del modello.²¹² Mentre, la garanzia della indipendenza dell'organismo e dell'efficacia della sua azione è assicurata dagli autonomi poteri di iniziativa e controllo riconosciuti ad esso, che si traducono in poteri di interlocuzione con i vertici dell'ente, autonomia finanziaria e poteri di acquisizione documentale e di proposta di sanzioni disciplinari.²¹³

²¹⁰ Vedi MONGILLO, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche*, in *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, op. cit., 180

²¹¹ In tal senso MUCCIARELLI, *Funzioni e responsabilità dell'organismo di vigilanza*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, op. cit., 199

²¹² Vedi MUCCIARELLI, op. cit., 200-201

²¹³ Così DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op. cit., 184

La complessità di tali attività rimesse all'Organismo di vigilanza impone evidentemente di consentire ad esso di dotarsi all'interno di società dalle notevoli dimensioni di una struttura operativa, cui affidare compiti di controllo e vigilanza specifici, nonché anche compiti di raccolta del materiale necessario per l'attività di aggiornamento del modello. Sarebbe, infatti, inesigibile immaginare che all'interno di un ente di ampie dimensioni, caratterizzato dalla pluralità di attività, le funzioni ora viste siano rimesse ad uno unico organo, il quale deve necessariamente ricorrere a sub strutture in analoga posizione di indipendenza ed autonomia, facenti capo ad esso, di cui servirsi nello svolgimento dei prescritti compiti.²¹⁴ Tuttavia, si tratta di una esigenza non avvertita all'interno degli enti di piccole dimensioni, sì da non legittimarsi la imposizione di una esternalizzazione dei compiti di vigilanza e da giustificarsi la previsione dell'art. 6, c.4, a mente del quale le funzioni proprie dell'Organismo possono essere svolte dall'organo decidente.²¹⁵

Stante la natura preventiva dell'attività di vigilanza rispetto al rischio reato, ci si chiede se la posizione dei membri dell'Organismo sia equiparabile, ai fini della responsabilità penale, a quella dei componenti del collegio sindacale cui la giurisprudenza interna riconosce la titolarità di una posizione di garanzia ai sensi dell'art. 40 cpv c.p.

Secondo un consolidato orientamento i componenti di tale Organismo godono di una immunità penale, non potendo essi essere chiamati a rispondere per omesso impedimento dei reati presupposto, potendo la responsabilità penale conseguire solo in seguito a condotte attive in concorso con soggetti interni o esterni alla *societas*.²¹⁶ Depone in tal senso la natura

²¹⁴ In tal senso MUCCIARELLI, *op. cit.*, 203

²¹⁵ Cfr. MONGILLO, *L'organismo di vigilanza, op. cit.*, 184

²¹⁶ Cfr. ALESSANDRI, *I soggetti*, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di Id. Milano, 2002, 42

dell'attività di vigilanza che ha ad oggetto non direttamente la attività dell'ente e i comportamenti dei suoi membri, ma il modello di organizzazione di cui verifica la osservanza e la concreta idoneità.²¹⁷

Tale dato risulta insuperabile, ancorché altra dottrina ritiene in parte valicato il “muro” della irresponsabilità penale dei componenti dell'OdV, in ragione dell'art. 52, d.lgs. 231/2007, che in materia di antiriciclaggio ha imposto al comma 1 l'obbligo in capo all'OdV di vigilare sull'adempimento delle disposizioni ivi contenute e soprattutto al comma 2 ha attribuito a tale obbligo una rilevanza esterna, imponendo la comunicazione delle violazioni riscontrate ad autorità pubbliche specificamente indicate. In realtà, non si tratta di una posizione di garanzia in quanto il legislatore si è limitato a imporre un obbligo di segnalazione e non anche un obbligo impeditivo.²¹⁸

La predisposizione, ad ogni modo, di un efficace modello organizzativo e l'efficace attività di vigilanza dell'Organismo non sono incompatibili con la commissione di un reato nell'ambito di attività dell'ente, qualora tale reato consegua ad una condotta fraudolenta dell'apice, sì da renderne imprevedibile la condotta criminosa. Pertanto, *“la realizzazione criminosa deve essere stata frutto esclusivo, contingente, abnorme di una risoluzione dell'apice qualificata, da un lato, da titolate discontinuità rispetto ai modelli comportamentali invalsi nella realtà aziendale e, dall'altra lato, attuata con una tale astuzia da essere sottratta alla vigilanza – pure non insufficiente – dell'organo preposto.”*²¹⁹

²¹⁷ Cfr. FIORELLA, *Responsabilità* (voce), *op. cit.*, 5104

²¹⁸ Vedi MONGILLO, *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, *op. cit.*, 204

²¹⁹ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, *op. cit.*, 185

3.3 L'art. 7: la responsabilità dell'ente per i reati dei sottoposti

A differenza di quanto previsto dall'art. 6 per i soggetti apicali, il modello di responsabilità dell'ente per i reati commessi dai c.d sottoposti si presenta dai tratti più snelli. In tale fattispecie l'esonero di responsabilità per l'ente è subordinato all'adozione ed efficace attuazione di un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della stessa specie di quello verificatosi, giudizio di idoneità subordinato alla sussistenza di due condizioni: la verifica e l'aggiornamento continuo e la previsione di un compiuto sistema disciplinare per le violazioni del modello.²²⁰ Pertanto, rispetto ai reati commessi dai soggetti apicali l'adozione e l'efficace attuazione di un tale modello è condizione necessaria e sufficiente per la operatività della fattispecie di esonero, senza che sia richiesto alcun requisito concorrente.

Tuttavia, ha suscitato dubbi se la mancata adozione di tali modelli integri di per sé una *culpa in vigilando*.²²¹ Orbene, la risposta a tale interrogativo passa attraverso la analisi della struttura dell'illecito commesso dai subordinati, il quale evidentemente è organizzato secondo lo schema di una fattispecie colposa ed in particolare di uno schema concorsuale di agevolazione dipendente da un difetto di vigilanza o controllo.²²² In particolare, la *societas* agisce quale concorrente il cui contributo causale si sostanzia nell'adozione o gestione inefficace del modello preventivo per colpa d'organizzazione, la quale agevola la commissione del reato. Tuttavia, la inosservanza di tali

²²⁰ Cfr. RIVERDITI, *op. cit.*, 265

²²¹ DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, op. cit.*, 186

²²² In tal senso PALIERO, *Art. 7. Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti, op. cit.* 189-190

obblighi non è di per sé sufficiente in quanto è necessario che sussista un vero nesso di causalità tra la inosservanza e la commissione dell'illecito. Tale conclusione trova conferma nell'art. 25 *ter*, ove si richiede un nesso condizionalistico tra l'illecito dei sottoposti e la inosservanza dei doveri di vigilanza da parte di amministratori, direttori generali e liquidatori.²²³ Sicché, laddove nonostante la regola cautelare predisposta dall'ente, adeguata al rischio, il reato si sarebbe comunque verificato, viene meno qualsiasi imputazione colposa e l'ente va esente da qualsiasi responsabilità.²²⁴

²²³ In tal senso DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2004, 676

²²⁴ Cfr. PALIERO, *Art. 7, op. cit.*, 191

Capitolo II

La dimensione della punibilità nella disciplina dell'illecito da reato dell'ente

1. Il sistema sanzionatorio a carico dell'ente e le sue ragioni ispiratrici

Una volta tentato di fornire una ricostruzione della struttura dell'illecito dell'ente, l'indagine non può che muovere, seppur brevemente, verso la analisi prima dell'apparato sanzionatorio predisposto dal legislatore e poi con maggiore profondità verso la dimensione della punibilità, cui il legislatore del 2001 non pare essersi particolarmente soffermato, seppur terreno essenziale di valorizzazione delle istanze garantistiche di cui si è dato conto nel precedente capitolo.

Ed è già nella sperimentazione di un arsenale sanzionatorio innovativo rispetto al tradizionale e già conosciuto sistema degli illeciti amministrativi e degli illeciti penali che si coglie uno degli elementi di maggiore interesse della disciplina recata dal d.lgs. n. 231.²²⁵ È proprio rispetto alla ricaduta delle sanzioni sull'ente in quanto tale e alla idoneità delle stesse alla prevenzione di reati ascritti a organizzazioni collettive, che occorre muovere la riflessione sulla effettività del sistema di responsabilità così introdotto.²²⁶ Pare indubbia la considerevole influenza degli strumenti normativi di carattere internazionale ed in particolare di fonte euro unitaria, che reclamavano e reclamano la previsione di sanzioni effettive, dissuasive e

²²⁵ Vedi PELISSERO, *La responsabilità amministrativa*, cit., 11

²²⁶ Cfr. FIORELLA-MASUCCI, *Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2019, 518

proporzionate. In particolare, si deve al Protocollo II della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee la previsione, accanto ad una sanzione sempre applicabile di natura pecuniaria, di un sistema di misure interdittive, le quali rispondono ad una logica di tassatività in funzione della gravità dell'addebito mosso all'ente.²²⁷

Di talché, la disciplina del d.lgs. n. 231/2001 ha inteso fornire delle risposte a pressanti richieste di un non più rinviabile intervento punitivo avverso la criminalità di impresa, volto a colpire l'utile economico dell'ente in via diretta mediante sanzioni pecuniarie ed in via indiretta mediante sanzioni interdittive.²²⁸

1.1 Le funzioni delle sanzioni a carico dell'ente: tra repressione e prevenzione

Il sistema sanzionatorio così brevemente tratteggiato si connota per tratti marcatamente afflittivi che ne giustificano la qualificazione in termini di materia penale e di vere e proprie pene, la cui previsione pare ispirata certamente a logiche special preventive. Più che a scopi neutralizzanti le sanzioni previste dal decreto n. 231 paiono volte alla prevenzione del rischio reato e dell'illecito da esso dipendente, ove si consideri come esse vadano coordinate con il momento partecipativo della predisposizione dei modelli di *compliance*.²²⁹ Il legislatore richiede all'ente uno sforzo preventivo in sede di predisposizione di idonei modelli di gestione del rischio reato, la cui effettività viene garantita sul versante sanzionatorio da una serie di previsioni volte a valorizzare il ruolo dell'autonormazione. Il sistema

²²⁷ Vedi RIVERDITI, *op. cit.*, 275

²²⁸ Cfr. LOTTINI, *op. cit.*, 130

²²⁹ Così MASUCCI, *I principi generali del sistema sanzionatorio*, in FIORELLA-GAITO-VALENZANO, *op. cit.*, 144

sanzionatorio, di tal guisa, assolve ad una funzione compulsiva del compito di prevenzione dei rischi che il legislatore ha inteso condividere – se non quasi delegare – con l’ente, il quale dovrebbe essere certamente indotto ad una, seppur difficile, analisi dei rischi e conseguente adozione di idonee ed adeguate misure.²³⁰

In tal senso, l’art. 12, c.2, lett. a) sollecita l’ente ad attivarsi per la rimozione delle conseguenze negative dell’illecito penale ed a predisporre validi modelli preventivi, così come l’art. 13 subordina la applicazione delle sanzioni interdittive all’accertamento di gravi carenze organizzative o alla reiterazione di illeciti che evidenziano l’inidoneità delle misure adottate. Si tratta di norme che minacciano la irrogazione di una sanzione, tra i cui presupposti di applicazione si valorizzano le componenti di carenza rimproverabili all’ente, così da indurlo ad adottare una organizzazione non carente.²³¹

Sicché, il sistema sanzionatorio pare costruito nel senso di stimolare la predisposizione di un’adeguata ‘mappatura’ dei rischi al fine di adottare un sistema di gestione idoneo ed efficace, mediante la previsione di un arsenale punitivo dai tratti afflittivi. In tal modo si tenta – forse eccedendo nella durezza delle sanzioni – di assicurare effettività al disegno legislativo teso a condividere con l’ente il momento della prevenzione tradizionalmente riservato all’intervento giuspubblicistico.

Certamente, la, seppur ridotta, valorizzazione del contributo *post factum* dell’ente diretto a rimuovere le conseguenze del reato commesso in seno alla compagine associativa, risponde anche ad una logica special preventiva,

²³⁰ Per un approfondimento vedi MONTALENTI, *Dal corporate governance al modello di organizzazione* 231. *Il coordinamento dei controlli societari*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d. lgs. n. 231/2001*, op.cit., 137 ss.

²³¹ Vedi MASUCCI, op. cit., 144

poiché l'ente dovrebbe essere indotto ad attivare meccanismi virtuosi di riduzione dei danni.

Pertanto, se le finalità di prevenzione generale e speciale paiono teologicamente connesse allo scopo del d. lgs. n. 231/2001,²³² altrettanto rilevante è la funzione rieducativa la quale incide nel senso di tradurre il momento preventivo come limite di proporzione e di necessità per impedire reati della specie di quello verificatosi.²³³

Tuttavia, se questo è il finalismo della sanzione a carico della persona giuridica, appare debole l'impegno profuso dal legislatore nel riconoscimento di momenti premiali che incentivino l'attività di prevenzione da parte dell'ente destinatario dell'intervento punitivo. Piuttosto, sarebbe opportuno rafforzare la dimensione dei benefici per comportamenti virtuosi dell'ente, il quale orienta le proprie scelte in funzione di considerazioni di tipo economicistico, sicché l'attività preventiva deve risultare vantaggiosa sulla base di una valutazione costi-benefici.

1.2 Il sistema 'trinario' dell'apparato sanzionatorio e la funzione di chiusura dell'art. 83

Il legislatore delegato ha inteso introdurre un variegato sistema delle sanzioni a carico dell'ente, articolando un modello essenzialmente trinario, in quanto costruito intorno alle sanzioni pecuniarie, interdittive e 'altre sanzioni', ove pare assumere un ruolo centrale la sanzione pecuniaria. Quest'ultima viene commisurata secondo il modello bifasico *'che impone al giudice di determinare autonomamente il numero delle quote, collegando*

²³² Per un approfondimento sulle prospettive sanzionatorie si veda SCAFATI, *Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro l'ente*, in FIORELLA-GAITO-VALENZANO, *op.cit.*, 435 ss.

²³³ Vedi FIORELLA-MASUCCI, *op. cit.*, 519

alla gravità, oggettiva e soggettiva, dell'illecito e di assegnare, quindi, un valore economico ad ogni singola quota, determinandolo solo sulla base della capacità economica della persona giuridica'.²³⁴

Accanto ad essa si pone la sanzione interdittiva che, seppur riservata ai casi di maggiore gravità, si pone in una posizione di parità formale con la sanzione pecuniaria, in quanto si abbandona il criterio classificatorio tradizionale della distinzione tra sanzioni principali e accessorie a favore di una quasi parità di rango tra sanzioni pecuniarie e sanzioni interdittive.²³⁵ Queste ultime, tuttavia, si espongono al rischio che l'effetto concreto da esse realizzato si ponga in urto con il canone della proporzionalità delle risposte sanzionatorie all'illecito,²³⁶ in quanto, a prescindere dalla loro applicazione in via definitiva, gli effetti indiretti conseguenti alle sanzioni interdittive creano il pericolo della c.d 'morte di fatto dell'ente'.

Al fine di mitigare una tale eventualità soccorre il principio di sussidiarietà dell'interdizione dall'esercizio della attività, che si pone quale fattispecie sanzionatoria più grave e come tale ricorribile solo ove le altre risultino inadeguate. Ad ogni modo, l'efficacia di tale principio, che delega le sanzioni incapacitanti una funzione residuale, risulta del tutto neutralizzata dalla applicazione cautelare delle misure interdittive, in ragione della ontologica sommarietà dell'accertamento su cui si fonda le misure interdittive, che mal si concilia con le potenziali conseguenze 'mortifere' della interdizione dell'ente.²³⁷ La conseguente anticipazione della misura, accompagnata da un giudizio sommario, produce degli effetti eccessivamente stigmatizzanti, intollerabili ove si consideri come il sistema

²³⁴ Così PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, op. cit.* 846

²³⁵ Vedi DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, op. cit.*, 221

²³⁶ Sottolineano tale pericolo FIORELLA-MASUCCI, *op. ult. cit.*, 521

²³⁷ *Ibidem*, 525

sanzionatorio sia informato nelle intenzioni legislative al recupero dell'organizzazione collettiva alla legalità.

Completano l'arsenale sanzionatorio a carico dell'ente una ampia e varia gamma di sanzioni volte a colpire direttamente, come nel caso della confisca del prezzo del profitto del reato, o indirettamente, come nel caso della pubblicazione della sentenza di condanna ad una sanzione pecuniaria, il profitto o l'utile economico del reato.²³⁸

Il quadro normativo si chiude con la figura del commissario giudiziale, la quale è certamente ispirata a ragioni conservative della impresa, dei suoi livelli occupazionali e degli investimenti economici ad essa connessi. Ed, in tal senso, nel caso di illecito dell'ente sanzionato con la applicazione di sanzioni interdittive che possono portare alla interruzione della sua attività, è in facoltà del giudice disporre la prosecuzione da parte di un commissario giudiziale per un periodo pari alla durata della sanzione interdittiva altrimenti applicata.²³⁹

Il legislatore non ha, tuttavia, rimesso alla assoluta discrezionalità giudiziale la applicazione di un tale rimedio conservativo in luogo della misura inibitoria, in quanto esso si giustifica in una ottica eccezionale rispetto alla generale applicazione della sanzione interdittiva. Sicché, le esigenze che ne fondano la disposizione devono assurgere a livelli di rilevante importanza, dovendosi trattare di ragioni di tutela di attività consistenti in un pubblico servizio o in un servizio di pubblica necessità, la cui cessazione cagionerebbe un grave *vulnus* alle esigenze pubbliche, ovvero attività la cui interruzione cagionerebbe ampie ed irreparabili conseguenze sui livelli occupazionali.²⁴⁰

²³⁸ Cfr. RIVERDITI, *op. cit.*, 279

²³⁹ Vedi FIDELBO, *Misure cautelari nei confronti delle società: primi problemi applicativi in materia di tipologia delle sanzioni e limiti all'operatività del commissariamento*, in *Cass.pen.*, 2004, 275-276

²⁴⁰ Cfr. SOLDI, *Art. 79. Nomina del commissario giudiziale e confisca del profitto*, in *Commento al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, op. cit.*, 1327-1328

È evidente la logica conservativa che ha animato il legislatore nella previsione di questa misura – quasi- alternativa alla interdizione, dimostrando di considerare come il momento punitivo dell'ente non possa essere valutato monadicamente, ma si inserisca in una valutazione complessiva in ragione delle ricadute economiche e sociali delle vicende che coinvolgono la organizzazione collettiva.

E nel solco di questa linea mitigatrice delle conseguenze a carico dell'ente in funzione della rilevanza socio economica della attività svolta si iscrive la previsione dell'art. 83, che regola il concorso di sanzioni. Si tratta di una disposizione, la cui collocazione sistematica nel capo IV relativo alle disposizioni di attuazione e coordinamento già ne esprime la essenziale funzione di chiusura del sistema delle sanzioni.²⁴¹

Orbene, nel caso di concorso tra sanzioni previste dalla disciplina dell'illecito dell'ente dipendente da reato ed altre sanzioni si afferma un principio di 'comunicazione' tra le sanzioni di identico contenuto sostanziale. Per impedire una duplicazione punitiva il legislatore ha previsto un divieto di cumulo preventivo o successivo. In particolare, nel comma 1 la applicazione della sanzione interdittiva ex decreto n. 231 esclude la successiva applicazione di una sanzione di identico contenuto a carico dell'ente, mentre nel comma 2 si impone al giudice un meccanismo di 'defalco', per cui deve scomputare dalla sanzione interdittiva la quota di sanzione amministrativa di identico contenuto.²⁴²

Si tratta, di tal guisa, di una previsione sistematica in quanto mitiga l'asprezza del dosaggio sanzionatorio a carico dell'ente, in specie con riguardo alla più afflittiva delle sanzioni, quale la sanzione interdittiva. È

²⁴¹ Vedi DI CENSO, *Le disposizioni di attuazione e coordinamento: un capitolo tutt'altro che marginale*, in ALESSANDRI (a cura di), *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano, 2002, 333

²⁴² Per una visione più ampia SANTORIELLO, *Art. 83. Concorso di sanzioni*, *op. cit.*, 1341 ss.

evidente come il legislatore abbia avvertito la necessità di accogliere le istanze di tutela delle persone giuridiche, le quali altrimenti si vedrebbero esposte ad un carico sanzionatorio duplice con una soluzione difficilmente giustificabile alla luce del principio di proporzionalità e del divieto di *bis in idem*. Sicché, l'ammontare delle sanzioni interdittive di qualsiasi fonte deve corrispondere al disvalore riferibile all'ente, affinché la sanzione assolva alle funzioni preventive di cui prima e non si traduca in una insopportabile vessazione, che mortificherebbe le ragioni della impresa.

1.3 I fatti di particolare tenuità: la tenuità del danno patrimoniale ex art. 12, c.1, l. b) come circostanza attenuante della sanzione pecuniaria e causa oggettiva di esclusione delle sanzioni interdittive

Nel sistema sanzionatorio a carico della *societas*, che prima si è cercato di tratteggiare senza alcuna pretesa di esaustività e completezza, assume un ruolo essenziale ai fini della presente ricerca la previsione di cui all'art. 12, rubricata "casi di riduzione della sanzione pecuniaria". Si tratta di una disposizione che deroga alla regola base della commisurazione delle singole quote,²⁴³ in quanto ricollega a talune fattispecie ivi specificamente indicate un significato attenuante della sanzione pecuniaria, al fine di conferire maggiore flessibilità ed equità al modello punitivo valorizzandone la funzione special preventiva.

²⁴³ Il legislatore ha introdotto un sistema di quantificazione della sanzione pecuniaria per quote a struttura bifasica. In particolare, in una prima fase si determina il numero delle quote rispondente all'illecito concretamente realizzato tenendo conto di una serie di circostanze specificamente indicate; ed in una seconda fase di quantificazione dell'importo delle singole quote in funzione delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente allo scopo di assicurare l'efficacia della sanzione. Per un approfondimento sul punto tra gli altri RIVERDITI, *op. cit.*, 281 ss.

Il legislatore ha così articolato un complesso sistema ove si attribuisce significato commisurativo a plurime ed eterogenee fattispecie, il cui effetto diminutivo della sanzione induce la dottrina a riconoscere in esse, a dispetto del profilo formale in tal senso scarno, delle vere e proprie circostanze attenuanti.²⁴⁴ Non risulta chiaro il criterio seguito nell'attribuire un diverso valore attenuante alle fattispecie di cui al comma 1 e al comma 2, in quanto si tratta di fattispecie plurime che guardano contestualmente al piano interno dell'ente e al piano esterno delle conseguenze sanzionatorie.

In tal senso, la dottrina²⁴⁵ ha proposto di classificare le fattispecie di cui al comma 2, cui il legislatore riconduce l'effetto di riduzione della sanzione pecuniaria da un terzo alla metà, come condotte riparatorie ove si valorizza il contegno dell'ente che abbia proceduto al risarcimento integrale del danno e alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, nonché la adozione e attivazione di un modello organizzativo idoneo a prevenire la commissione di reati della specie di quello verificatosi.

Plurimi sono i momenti di divergenza rispetto alla disciplina delle condotte riparatorie della persona fisica di cui all'art. 162 *ter* c.p, ove il legislatore del 2017 si è riferito nei casi di reati procedibili a querela soggetta a remissione alle sole condotte *post factum* con cui l'imputato ripara integralmente il danno cagionato dal reato ed elimina, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato, purchè intervengano entro la dichiarazione di apertura del dibattimento.

La disciplina del decreto n. 231, seppur ne replica in parte la struttura, se ne distacca in quanto, in primo luogo, attenziona non solo le condotte riparatorie successive all'illecito, ma anche valorizza in sede di commisurazione della

²⁴⁴ In tal senso CERQUA, *Art. 12. Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *op.cit.*, 285

²⁴⁵ Fra tutti PIERGALLINI, *L'apparato sanzionatorio*, in LATTANZI (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano 2005

sanzione un ‘fatto del passato’, ossia la adozione ed attuazione di un idoneo modello organizzativo,²⁴⁶ seppur desta qualche perplessità la scelta di riservare ad esso il solo valore di circostanza attenuante. Ora, in una ottica premiale e di reale incentivo dell’ente nella condivisione del momento di prevenzione del rischio reato, sarebbe stato più opportuno ricondurre alla adozione di efficaci modelli di prevenzione del reato del tipo di quello verificatosi un significato di esclusione della punibilità, ponendo tra l’altro dei possibili profili di tensione con la valorizzazione di una autentica colpevolezza dell’ente. Infatti, la verifica del reato nonostante le efficaci ed idonee misure preventive adottate neutralizza il disvalore soggettivo del contributo della organizzazione collettiva.

Tale disposizione pare essere maggiormente ispirata ai modelli tecnicistici propri della responsabilità oggettiva, i quali si caratterizzano per la mera ripartizione del rischio, sicché il rischio di illecito nell’ambito della organizzazione dell’ente grava in capo ad esso, in quanto quest’ultimo si avvantaggia della attività rischiosa ma socialmente utile e giuridicamente autorizzata. Come corrispettivo ‘paga’ la sopportazione del rischio di verifica del reato, rispetto a cui la adozione di un idoneo modello assume al più il significato di circostanza attenuante senza mai assumere valore di causa di esonero della responsabilità.

Ad ogni modo, la differenza maggiormente significativa si individua nella natura giuridica della fattispecie codicistica che identifica una causa di estinzione del reato e della fattispecie di cui all’art. 12, c.2, d. lgs. n. 231/2001 che identifica, di contro, una circostanza attenuante. Sicché, la

²⁴⁶ La valorizzazione dell’adozione di efficaci modelli di prevenzione in sede di commisurazione della sanzione costituisce, certamente, un momento premiale rispetto al coinvolgimento dell’ente nella regolamentazione del rischio, compito tradizionalmente riservato al potere pubblico. Poiché i modelli di autoregolazione rappresentano un costo per l’ente, il legislatore ha inteso premiare e al contempo incentivarne l’adozione mediante l’efficacia di circostanza attenuante.

condotta riparatoria recata dalla persona fisica, soggetto attivo del reato, estingue la pretesa punitiva dello Stato in quanto elimina il danno cagionato nonché le conseguenze pregiudizievoli del reato.²⁴⁷ Orbene, nei reati perseguibili a querela l'intervento repressivo dello Stato si giustifica in funzione della tutela dell'interesse sostanziale della persona offesa dal reato, sicché la rimozione del pregiudizio a carico di tale soggetto rende ultronea e socialmente non sostenuta la pretesa punitiva. Di contro, la condotta riparatoria della persona giuridica che si concreti in una prospettiva *ex post* nella eliminazione delle conseguenze offensive del reato o in una prospettiva *ex ante* nella predisposizione di idonei modelli preventivi, pur intervenendo entro il medesimo limite temporale previsto dall'art. 162 *ter* c.p, ossia la dichiarazione di apertura del dibattimento²⁴⁸, assume valore attenuante la risposta sanzionatoria. *“In sostanza la norma premia l'ente che svolga le attività richieste; ma richiede, per contro, che tale attività sia esplicata in modo assolutamente soddisfattivo per la vittima, imponendo che al risarcimento del danno si accompagni contestualmente l'eliminazione delle ricadute dannose o pericolose del reato”*.²⁴⁹

Così come le fattispecie di cui all'art. 12 c. 2 valorizzano e il piano delle conseguenze del reato e il piano della partecipazione dell'ente al reato, le fattispecie di particolare tenuità di cui al comma 1 attenzionano un duplice profilo. La lettera a) attribuisce valore di circostanza attenuante alla condotta dell'autore del reato presupposto che attenua il nesso di collegamento

²⁴⁷ Sulla natura delle cause di estinzione del reato non si riscontra un orientamento unanime in dottrina. Una parte della dottrina più recente le fa rientrare tra le cause di non punibilità cosicché la loro ricorrenza esclude la sussistenza del reato; altra dottrina distingue tra la non punibilità in senso stretto circoscritta a fattispecie fondate su valutazioni di opportunità, e le cause di estinzione del reato; altra tradizionale dottrina, ritenendo che la punibilità non assurga a categoria autonoma, riconduce le cause di estinzione del reato nelle vicende relative alla punibilità. Per una riflessione di sistema sempre attuale VASSALLI, *Cause di non punibilità* (voce), in *Enc.dir.*, VI, Milano, 609 ss.

²⁴⁸ Si tratta di un limite temporale coerente con la *ratio* delle condotte riparatorie, con le quali si intende ridurre il contenzioso. Una volta aperto il dibattimento, l'interesse pubblico alla repressione dei reati che ha attivato la risposta processuale assume valore prevalente.

²⁴⁹ Così CERQUA, *op. cit.*, 290

oggettivo con la persona giuridica costituito dall'interesse, in quanto laddove il reato sia stato commesso nel prevalente interesse dell'autore o di un terzo e l'ente abbia trattato un vantaggio minimo, si prevede la riduzione della sanzione pecuniaria di un terzo. Un medesimo effetto è previsto per la fattispecie di particolare tenuità del danno patrimoniale di cui alla lettera b). Il legislatore ha, pertanto, inteso attribuire particolare rilievo alla tenuità del fatto non inteso nella sua oggettività, ma piuttosto nella dimensione di partecipazione dell'ente nell'illecito, sia sotto il profilo soggettivo del prevalente interesse altrui, sia sotto il profilo oggettivo reso dalla inconsistenza o assenza di un vantaggio per l'ente.²⁵⁰ Orbene, si è inteso valorizzare il criterio ascrittivo della responsabilità della *societas* costituito dall'interesse o vantaggio, al fine di rafforzare le componenti soggettive su cui costruire il rimprovero all'ente, in quanto la assenza di vantaggio per la persona giuridica ne mostrerebbe una condotta aggregata particolarmente tenue, dal ridotto significato in termini di disvalore. Una partecipazione della organizzazione collettiva nei termini di un interesse non apprezzabile esprime un ridotto significato di disvalore tale da meritare una corposa riduzione della sanzione pecuniaria.

Tale scelta legislativa è stata fortemente avversata da parte della dottrina, in quanto ancora la riduzione della sanzione al mero criterio dell'interesse, persino qualora sia riscontrata una grave carenza organizzativa che abbia consentito la commissione del reato;²⁵¹ nonché in quanto pare porsi in tensione con le norme che regolano la commisurazione della sanzione penale

²⁵⁰ Cfr. AMATO, *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cass.pen.*, 2007, 346

²⁵¹ In tal senso LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, in GARUTI (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova 2002, 146 ss.

ed, in particolare, l'art.11, c.1, d.lgs. n. 231/2001, che correla alla gravità del fatto una adeguata risposta sanzionatoria.²⁵²

Non desta, per contro, particolari problematiche e discussioni la circostanza attenuante del danno patrimoniale di particolare tenuità, che si inserisce nel solco di un indirizzo consolidato del legislatore penale, il quale già nella disciplina codicistica delle circostanze comuni attribuisce rilievo attenuante a tale circostanza.

Ad ogni modo, il riferimento all'interesse, che si valuta *ex ante* a prescindere dagli esiti della condotta, e al vantaggio, che si valuta *ex post* inteso quale concreta acquisizione economica per l'ente,²⁵³ nonché il riferimento al danno di particolare tenuità, quali circostanze attenuanti dell'illecito dell'ente trovano fondamento nel fatto che l'illecito della *societas* è costruito intorno a reati che generano profitto. Sicché, è rispetto ad esso che va valutata la portata offensiva della condotta aggregata ascrivibile all'ente.

La minima consistenza del vantaggio o dell'interesse della persona giuridica o la particolare tenuità del danno patrimoniale non assumono significato univoco nella commisurazione delle sanzioni. Stante la complessità dell'arsenale sanzionatorio previsto dal decreto n. 231, essi assumono anche natura di causa oggettiva di esclusione delle sanzioni interdittive. Orbene, se l'art. 12, c.1 attribuisce alla fattispecie ora analizzate valore di circostanze attenuanti in quanto riducono la riprovazione della condotta dell'ente, esse valgono al contempo ad escludere la applicazione delle sanzioni interdittive a mente dell'art. 13, c.3.

Si tratta di una previsione autonoma di fattispecie, nonostante il ricorso alla tecnica del rinvio, di casi di particolare tenuità ove, considerato il contenuto minimo del danno o della partecipazione dell'ente, il legislatore considera

²⁵² In tal senso GUERRINI, *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2007, 164 ss.

²⁵³ Così CERQUA, *op.cit.*, 287

l'ente non meritevole della più grave sanzione incapacitante.²⁵⁴ Si ritiene che il disvalore espresso dall'illecito ascrivibile alla *societas* sia adeguatamente 'colpito' con la sola sanzione pecuniaria, in quanto, dinnanzi ad un fatto fonte di un danno di particolare tenuità o che presenta profili di collegamento in termini di interesse o vantaggio del tutto esigui, il legislatore ritiene sproporzionato applicare la sanzione interdittiva rispetto alla colpevolezza dell'ente e al significato offensivo dell'illecito.

Pertanto, le medesime fattispecie assumono natura diversa in funzione del diverso tipo di sanzione che viene in gioco, legittimandosi una semplice riduzione di quella pecuniaria, a differenza della esclusione di quella interdittiva, i cui effetti fortemente afflittivi consigliano il legislatore ad un uso accorto secondo la logica della sussidiarietà.

2. La confisca obbligatoria ex art. 19 e la funzione di deterrenza. La opportunità della riduzione dell'area della confiscabilità.

Con funzione di chiusura dell'arsenale sanzionatorio a carico dell'ente l'art. 19 prevede la confisca obbligatoria, la quale è sempre disposta con la sentenza di condanna, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato e può riferirsi al prezzo ed al profitto del reato. Laddove sia impossibile intervenire sulle *res* ora indicate, l'art. 19 cpv dispone la confisca per equivalente avente ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di

²⁵⁴ Vedi PANASITI, *Art. 13. Sanzioni interdittive*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, op. cit., 313

valore equivalente al prezzo o al profitto del reato, di cui risulta molto controversa la essenza nonché la proiezione finalistica.²⁵⁵

Rispetto alle previsioni dell'art. 240 c.p la confisca in analisi impone l'ablazione obbligatoria anche del profitto del reato e l'estensione ai beni di valore equivalente nei casi in cui non sia possibile eseguirla. Mentre rispetto alle altre ipotesi speciali di confisca si tende ad escludere che rilevi la sentenza di applicazione della pena su richiesta alla stregua del procedimento di cui all'art. 63.²⁵⁶

La obbligatorietà che qualifica tale ipotesi speciale di confisca ne rafforza e valorizza la capacità di deterrenza, in quanto l'ablazione automatica del profitto del reato risulta quale componente indefettibile della condanna senza essere connessa a valutazioni prognostiche.²⁵⁷ Di talché, la indefettibilità della sua applicazione anche nella forma per equivalente ne rafforza la capacità dissuasiva, in quanto è preclusa qualsiasi discrezionalità e facoltatività giudiziaria si da conseguire quale conseguenza automatica ed inevitabile della condanna.

Tra le varie ragioni che consiglierebbero, secondo autorevole dottrina,²⁵⁸ la riduzione della area della confiscabilità assume pregnanza la tutela dei terzi, i cui diritti acquistati in buona fede sono fatti salvi. Si pone il problema della esatta intelligenza della nozione di terzo ed, in particolare, di 'persona estranea dal reato', erosa dalla attività interpretativa della giurisprudenza che, a dispetto dell'intento legislativo restrittivo dell'ambito di operatività,

²⁵⁵ In tal senso e per una ampia riflessione MONGILLO, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in FIORELLA-BORGOGNO-VALENZANO, *op.cit.*, 195

²⁵⁶ Per una ampia disamina sul punto si rinvia tra i tanti a FONDAROLI, *Art. 19. Confisca*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *op. cit.*, 385 ss

²⁵⁷ Cfr. LOTTINI, *Il sistema sanzionatorio*, *op. cit.*, 168

²⁵⁸ Vedi MONGILLO, *op.ult.cit.*

ne estende la portata a coloro che non abbiano tratto alcun profitto né vantaggiato dal reato.²⁵⁹

Per contro, la previsione di esonero dall'ablazione reale si riferisce al binomio restituzione-danneggiato, non replicata per la confisca per equivalente. In tal senso l'art. 19 c.1 impone la esclusione sin dall'inizio dall'ablazione dei beni che possono essere restituiti ai terzi. Tuttavia, l'istituto della restituzione non presenta dei confini certi,²⁶⁰ soprattutto con riferimento alla *restitutio ad integrum* la cui inclusione nella 'clausola di esonero' anima il dibattito dottrinale, incertezze acuite dalla formulazione dell'art. 2058 c.c, il quale nel riferirsi alla 'reintegrazione in forma specifica' viene letto nel senso di prescindere dal danno e fondarsi sulla rivendica contro chiunque possiede o detiene il bene *sine titulo* ed in generale sull'arricchimento ingiustificato di cui all'art. 2041 c.c.²⁶¹ In ragione di tale caratterizzazione la Cassazione riconduce la nozione di restituzione ex art. 19 a '*quei beni o la parte di beni su cui il danneggiato può accampare una specifica pretesa restitutoria, ossia una pretesa relativa alla restituzione di un bene in forza del diritto di proprietà o di un diritto reale di godimento o di garanzia ovvero del possesso o della detenzione, pur se derivanti da un negozio produttivo di effetti obbligatori*'.²⁶² Si tratta, pertanto, di una interpretazione che restringe il campo di applicazione della eccezione restitutoria allargando, di contro, la confisca con un eccesso sanzionatorio che tradisce logiche esclusivamente retributive.

²⁵⁹ Vedi FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna 2007, 371 ss.

²⁶⁰ Cfr. MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass.pen.*, 2002, 2349 ss.

²⁶¹ In tal senso FONDAROLI, *Art. 19, op. cit.*, 409

²⁶² Cass., Sez. VI, 28 aprile 2010, n. 16526, in www.italggiure.it

3. La disciplina della pluralità di illeciti: tra cumulo giuridico delle sanzioni pecuniarie e disciplina “di favore” per le sanzioni interdittive

Le caratteristiche ontologiche e strutturali del fenomeno della criminalità d'impresa, rispetto a cui è ordinariamente arduo rintracciare un singolo episodio criminoso a fronte della spersonalizzazione decisionale e delle pluridimensionalità che facilitano la commissione di plurimi illeciti, hanno indotto il legislatore del 2001 a introdurre all'art. 21 una precipua disciplina della pluralità degli illeciti. Il regime sanzionatorio così applicabile risulta certamente ispirato ad una mitigazione della risposta sanzionatoria sia per ragioni di coerenza con gli istituti penalistici relativi alle persone fisiche, sia per neutralizzare il rischio di una pena irragionevolmente gravosa che deprimerebbe oltre modo le attività economiche.

In tal senso, il legislatore delegato nella disciplina in analisi ha avuto in mente gli istituti del concorso formale di reati e dei reati avvinti dal vincolo di continuazione ex art. 81 c.p, di cui riproduce la struttura, la sanzione ed i relativi limiti. Orbene, laddove l'ente sia responsabile di una pluralità di illeciti commessi con una sola azione od omissione (concorso formale di reati) ovvero nello svolgimento di una medesima attività (reato continuato), si applica la sanzione pecuniaria prevista per l'illecito più grave aumentata sino al triplo con il limite costituito dalla somma delle sanzioni applicabili per ciascun illecito singolarmente considerato. Dove, il legislatore individua la 'medesima attività' in luogo del medesimo disegno criminoso quale elemento unificatore tra i vari illeciti che giustifica un unitario e più mite trattamento sanzionatorio, da intendersi nel senso che *'siano collocabili in*

uno stesso contesto organizzativo e tendenzialmente riferibili alla medesima lacuna organizzativa,²⁶³ abbandonando la nozione soggettivistica fatta propria nel codice Rocco a favore di una nozione aziendalistica.²⁶⁴

Non risulta chiaro, né in tal senso pare risolutiva la Relazione, se la commissione di una pluralità di reati nello svolgimento di una medesima attività sia punibile esclusivamente mediante il cumulo giuridico ovvero se possa integrare i due istituti prima descritti, ossia pluralità di reati commessi con una unica azione od omissione e pluralità di reati commessi nell'ambito dello svolgimento della medesima attività. La dottrina prevalente²⁶⁵ si orienta nel senso del cumulo e non della alternatività fra i due istituti, deponendo in tal senso il significato letterale della disposizione, nella quale il ricorso alla congiunzione 'ovvero' pare assumere un valore esegetico decisivo. Nel primo caso è ricompreso il concorso formale di illeciti e nel versante omogeneo e nel versante eterogeneo, mentre nel secondo caso il reato continuato, seppur il nesso di pertinenzialità è recato dalla nozione di matrice oggettiva della 'medesima attività' quale vincolo unificatore.

Una tale svolta 'aziendalistica' si spiega in funzione del volto 'spersonalizzato' dell'ente a cui non è estendibile la *ratio* della continuazione penalistica, dove il legislatore considera espressione di minor disvalore che l'agente abbia ceduto all'istinto a delinquere una volta per tutte al momento della programmazione dei tipi di reato, dovendosi piuttosto ritenere che la pluralità di illeciti nel medesimo settore di attività sia espressione di una disfunzione unitaria, bisognosa di un trattamento sanzionatorio più mite.²⁶⁶

²⁶³ Così DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, *op.cit.*, 251

²⁶⁴ Vedi MELIOTA, *Art. 21. Pluralità di illeciti*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *op. cit.*, 420

²⁶⁵ Sul punto EPIDENDIO, *Il sistema sanzionatorio e cautelare*, in BASSI-EPIDENDIO, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, 375

²⁶⁶ Vedi MELIOTA, *op. cit.*, 421

In controtendenza rispetto alla continuazione sostanziale si pone il l'intervenuta condanna per taluno degli illeciti, la quale, ancorché non ancora definitiva, esclude la applicabilità del cumulo giuridico, in ragione di esigenze di prevenzione speciale che hanno consigliato il legislatore di superare il trattamento più mite dinnanzi ad un ente che persiste nella commissione di illeciti nonostante le possibilità riparatorie e risarcitorie concesse.²⁶⁷ Si tratta di un limite certamente molto rigido, la cui divergenza rispetto al diritto penale individuale è ulteriormente accentuata dal fatto che la condanna preclusiva può non essere definitiva, dove, di contro, in sede di continuazione penale neanche il giudicato osta al riconoscimento in sede esecutiva del cumulo giuridico conseguente al concorso formale o al nesso di continuazione.²⁶⁸

Tuttavia, per impedire effetti eccessivamente stigmatizzanti nei confronti dell'ente rispetto a cui un tale rigore non sembra trovare robuste ragioni giustificatrici, autorevole dottrina²⁶⁹ ha escluso che il limite in questione rilevi per gli illeciti suscettibili di essere riuniti commessi antecedentemente alla pronuncia di condanna. La valorizzazione della congiunzione 'e' in rapporto al participio passato 'commessi' depone nel senso di riferire il limite della condanna ai soli illeciti commessi successivamente ad essa, mentre sarebbe irragionevole il beneficio in funzione del momento del loro accertamento. Sicché, rileva il momento di commissione dell'illecito, il quale è espressivo di quel valore che si intende premiare o reprimere, e non anche il momento dell'accertamento processuale che è un dato estrinseco e contingente.

²⁶⁷ *Relazione ministeriale, par. 9*

²⁶⁸ Cfr. MELIOTA, *op. cit.*, 421

²⁶⁹ Vedi DE VERO, *La personalità penale delle persone giuridiche, op.cit.*, 252

Stante il sistema sanzionatorio binario, ove le sanzioni interdittive assumono un significativo marcatamente afflittivo, il legislatore del 2001 si preoccupa di coordinare la disciplina della pluralità di illeciti con le eterogeneità di tali sanzioni applicabili a carico dell'ente per ciascun illecito, prevedendo all'art. 21 cpv che in tale fattispecie si applica la sanzione interdittiva prevista per l'illecito più grave. Si è inteso così mitigare il dosaggio sanzionatorio a carico della *societas* sia con riferimento alle sanzioni pecuniarie astrattamente applicabili per ciascuno dei reati in concorso o in continuazione, sia con riferimento alle sanzioni incapacitanti per le quali è previsto il principio di assorbimento.

Sarebbe stato, d'altra parte, irragionevole tener conto del concorso formale e della continuazione e della *ratio* di 'attenuazione' della risposta sanzionatoria solo per la sanzione pecuniaria, espungendo da un tale trattamento di favore la categoria di sanzioni che colpisce maggiormente l'ente, la cui applicazione disgiunta in sede di pluralità di illeciti potrebbe condurre alla 'morte' dell'ente.²⁷⁰ Né, risulta sufficiente il richiamo alla disciplina del potere discrezionale giudiziale di cui all'art. 14 del decreto legislativo, il quale abilita la applicazione congiunta, in quanto si tratta di una norma che evidentemente ha un campo di applicazione diverso e generale rispetto all'art. 21 cpv in commento, che dedica alla pluralità di reati e alle sanzioni interdittive una disciplina di favore. Sicché, se sono soddisfatte le condizioni ed i presupposti previsti dal legislatore in tale fattispecie, il giudice dovrà seguire il criterio di assorbimento con la applicazione della sanzione interdittiva prevista per l'illecito più grave

²⁷⁰ Cfr. BRUNELLI, *Pluralità di illeciti*, in BERNASCONI-PRESUTTI-FIORIO, *La responsabilità degli enti*, Padova 2008

individuato in concreto, ossia secondo la sanzione più elevata inflitta in concreto dal giudice.²⁷¹

4. Il sistema della punibilità delineato dal d. lgs. n. 231/2001 e le ‘deviazioni’ prasseologiche

Il sistema sanzionatorio finora descritto sommariamente si qualifica per i suoi tratti marcatamente afflittivi, in specie (ma non solo) nella dimensione interdittiva, imponendo una particolare attenzione al momento della punibilità, rispetto a cui il legislatore ha strutturato un sistema spesso neutralizzato da applicazioni poco ortodosse. La particolare articolazione del dosaggio punitivo dovrebbe impegnare l’interprete nella valorizzazione effettiva di istituti che consentano di modulare la risposta punitiva.

Nel diritto penale individuale la non punibilità si ispira a ragioni di opportunità/non opportunità di punire un fatto di reato, rispondendo in tal senso a finalità di autoriduzione dell’intervento repressivo dinnanzi ad un legislatore refrattario ad efficaci interventi di depenalizzazione in astratto, con la conseguenza di delegare alla discrezionalità giudiziaria il compito di ridurre la onnicomprensività della pena.²⁷² Nonché, pare indubbio riconoscere alla non punibilità un obiettivo di ridefinizione dei conflitti sociali mediante strumenti sanzionatori non più repressivi, ma riparativi.²⁷³

²⁷¹ Vedi FOLLA, *Le sanzioni pecuniarie*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002, 114

²⁷² Sul punto SELVAGGI, *La depenalizzazione e le altre politiche deflative nelle più recenti iniziative di riforma (con particolare riferimento alle novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Arch.pen.*, 2/2014, 417 ss.

²⁷³ Sul punto DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir. Pen. contemp.*, 2015, 236 ss.

Dinnanzi al continuo ricorso alla pena e all'abbandono dell'ideale del diritto penale minimo a favore di un diritto penale totale,²⁷⁴ cui si ricorre per 'la ricostruzione della fiducia e del senso di sicurezza collettivi', la punibilità diviene il contesto ove si ricorre a tecniche di degradazione 'che convergono a selezionare il sistema in vista di un'effettiva attuazione della sussidiarietà e/o della personalizzazione della responsabilità'²⁷⁵, e che rappresentano una 'valvola di sicurezza' di un sistema a rischio implosione.

Occorre, a questo punto, interrogarsi sulle conseguenze che le dinamiche di cui sopra producono sul piano della responsabilità della *societas*, tenendo conto della struttura dell'illecito delineata nel corso della presente trattazione in termini di autonomia data dal 'comportamento aggregato' e dalla 'colpevolezza per il fatto'. In particolare, pare opportuno chiedersi se sia predicabile una 'punibilità' autonoma dell'ente, nonché il rapporto tra le vicende della punibilità del reato e dell'illecito dell'ente.

Ad ogni modo, le vicende del sistema punitivo dell'ente delineato dal decreto n. 231 risultano fortemente inquinate da fenomeni prasseologici che manifestano una tendenza pretoria ad accedere a soluzioni e indirizzi del tutto divergenti dal modello. In primo luogo, attenta dottrina²⁷⁶ evidenzia le iniziali resistenze della giurisprudenza alla applicazione delle fattispecie previste dal decreto, avallata in tale consapevole dismissione dal ristretto numero dei c.d reati presupposto. Il successivo costante e progressivo ampliamento del catalogo di tali reati ha costretto la giurisprudenza a confrontarsi con il nuovo sistema punitivo il quale, tuttavia, vive di applicazioni differenziate territorialmente senza forti indirizzi interpretativi

²⁷⁴ Per un ampio approfondimento SGUBBI, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna, 2019

²⁷⁵ Così DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind.pen.*, 2001, 1044

²⁷⁶ Vedi PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, in *Dir.pen.proc.*, 4/2019, 532

unitari che restituiscono una immagine frammentata della responsabilità degli enti.²⁷⁷

Si riscontra, inoltre, una certa refrattarietà dei giudici ad assumere un approccio propositivo verso il decreto e le problematiche ad esso connesso, i cui istituti di garanzia vengono svuotati in nome di un efficientismo punitivo che mal si concilia con le istanze di tutela presenti nel decreto. Ed in tal senso nelle applicazioni pretorie si assiste ad una sostanziale dequotazione del requisito della ‘colpevolezza di organizzazione’, che evidentemente nelle intenzioni del legislatore e secondo un regime minimo di ogni statuto punitivo costituisce il perno attorno cui muovere il rimprovero di responsabilità. Mentre, nella prassi è relegato a mero riscontro, rinunciando ad una analisi reale dell’organizzazione collettiva al fine di individuarne la effettiva conformazione e strutturazione in chiave preventiva, consentendo di tal guisa a tale forma di colpevolezza di assumere il ruolo di filtro selettivo della punibilità.²⁷⁸

5. L’esimente prevista dall’art. 6: la teoria della identificazione organica e la neutralizzazione del filtro selettivo della colpa di organizzazione

Un ulteriore elemento che concorre alla crisi della punibilità dell’ente è certamente rappresentato dalla ridotta funzionalità dell’esimente di cui all’art. 6, disposizione la quale nelle intenzioni del legislatore dovrebbe o avrebbe dovuto costituire la più ampia valorizzazione delle istanze di

²⁷⁷ Cfr. CARMONA, *Le ricadute dell’ampliamento dei reati presupposto sul modello di organizzazione*, in A.STILE-MONGILLO-G.STILE, *op.cit.*, 209 ss.

²⁷⁸ In tal senso PALIERO, *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2018. 175 ss.

garanzia connesse alla colpevolezza, in quanto consente all'ente di andare esente da responsabilità per la commissione di un reato da parte di soggetti in posizione apicale, qualora fornisca la prova della adozione ed efficace attuazione dei modelli preventivi.

Si tratta di una disposizione che ruota intorno all'inversione dell'onere della prova, la cui formulazione pare essere compromissoria tra la teoria organicistica e quella della colpevolezza di organizzazione. Intorno a quest'ultima è certamente ricostruita la prova liberatoria, che consente all'ente di andare esente da responsabilità fornendo la prova dell'assenza di colpa di organizzazione per la verifica del fatto di reato nell'ambito della *societas* e non anche a causa della disorganizzazione della stessa.²⁷⁹

Se l'esimente in parola si apprezza in termini di assenza di colpa, essa ha evidentemente come presupposto la teoria dell'identificazione organica dell'ente con le persone fisiche che rivestono ruoli apicali, come testimonia la operatività ristretta solo rispetto ai reati da essi commessi.²⁸⁰ Con riferimento ad essi è predicabile un autentico rimprovero doloso per l'ente, in quanto la persona fisica, in ragione della propria posizione apicale, rappresenta il mezzo per l'agire della *societas*, ma questo rapporto di compenetrazione organica non può essere tale da escludere forme di dissociazione tra ente e vertici aziendali solo ove si consideri la diffusione di una organizzazione orizzontale delle funzioni con conseguente frammentazione dei centri decisionali, che rende possibile distinguere una volontà dell'ente contraria a quella della persona fisica.²⁸¹

Nonostante l'esimente di cui all'art. 6 dovesse valorizzare nelle intenzioni legislative la colpa d'organizzazione, in quanto il suo valore testualmente si

²⁷⁹ Vedi DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in GARUTI, *op.cit.*, 107 ss

²⁸⁰ Cfr. PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, 533

²⁸¹ Vedi PIERGALLINI, *op. ult. cit.*, nota 15

apprezza solo con riferimento all'efficace adozione ed attuazione di un adeguato modello preventivo, essa ha fallito nei suoi obiettivi, neutralizzando le potenzialità selettive della colpa d'organizzazione. Ed in tal senso la stessa costruzione della norma intorno a meccanismi probatori diabolici, seppur mitigati da una lettura giurisprudenziale che li rimodula nel senso di richiedere un mero onere di allegazione, ha di fatto precluso qualsiasi valorizzazione della colpa d'organizzazione quale espressione di quel disvalore tale da richiedere l'intervento sanzionatorio.²⁸²

5.1 Autoregolamentazione preventiva, assenza di parametri di idoneità e 'governo del giudice'. La colpevolezza come rimedio

Le disfunzionalità di cui nel precedente paragrafo circa la reale efficacia esimente della fattispecie di cui all'art. 6 che pare aprirsi alla logica dell'accertamento della inidoneità del modello in dipendenza della commissione del reato, si acquisiscono ove si consideri la rimessione alla valutazione giudiziaria dell'efficacia preventiva del modello.

Ora, la adozione di un idoneo modello di prevenzione nella logica del legislatore è idonea ad acquisire nell'economia punitiva dell'ente un ruolo centrale, seppur con efficacia differenziata a seconda della fase in cui il modello viene adottato,²⁸³ in quanto consente di affrancarsi dalla identificazione organica di cui prima. Ed infatti, se adottato *ante delictum*, l'esito positivo del giudizio di adeguatezza ha come 'premio' l'esonero da

²⁸² In tal senso PIERGALLINI, *op. ult.cit.*, 534

²⁸³ Vedi FIDELBO, *Idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale, op. cit.*, 183

responsabilità, mentre la sua adozione *post delictum* ha come ‘beneficio’ un effetto di attenuazione della sanzione pecuniaria o interdittiva.²⁸⁴

La centralità che evidentemente assumono tali modelli nell’architettura complessiva del sistema di responsabilità a carico dell’ente avrebbe richiesto la predisposizione di una ‘cornice’ di misure, di un regime minimo di sicurezza che potesse orientare le organizzazioni collettive nella ‘mappatura dei rischi’ e nella predisposizione delle cautele’.²⁸⁵ Sicché, è rimesso al giudice il compito di validare l’efficacia preventiva delle cautele predisposte con una evidente eterogenesi dei fini, in quanto l’idea che soggiace ai modelli preventivi ruota intorno alla richiesta di condivisione di un momento normativo con il privato dietro un corrispettivo premiale, che in assenza di validi paradigmi predefiniti rischia di essere concretamente inattuabile. Sicché, gli enti tendono a privilegiare la funzione riparatoria del modello preventivo, il quale assicura quantomeno dei benefici in termini di ‘sconto’ sulla sanzione in uno scenario ove la colpevolezza si atteggia in termini di reattività.²⁸⁶

A dettato normativo invariato l’unico rimedio pare essere una valorizzazione delle istanze insite nella colpevolezza di organizzazione, da considerare finalmente ed adeguatamente quale elemento costitutivo dell’illecito dell’ente, che impone di attenzionare il momento psicologico del rimprovero.²⁸⁷ In particolare, occorre verificare se l’evento reato sia stato causato da fattori di rischio ulteriori rispetto a quelli considerati dalla regola

²⁸⁴ Cfr. MANACORDA, *L’idoneità preventiva dei modelli*, *op.cit.*, 60 ss.

²⁸⁵ In tal senso VALENZANO, *Il rilievo della certificazione dei modelli organizzativi anche con riferimento all’esperienza cilena*, in FIORELLA-BORGOGNO-VALENZANO, *op.cit.*, 164 ss.

²⁸⁶ In tal senso PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità*, *op.cit.*, 534

²⁸⁷ Per un approfondimento LAUFER, *Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza*, in CENTONZE-MANTOVANI, *op.cit.*, 9 ss.

cautelare violata dall'ente, sì da predicare la necessità di accertare un collegamento causale tra cautela violata o omessa e risultato offensivo.²⁸⁸

E tale conclusione si rafforza ove si consideri come le regole cautelari che governano il diritto penale individuale non sono mai regole dirette a neutralizzare un rischio, ma solo a ridurlo così da individuare e tracciare un'area di rischio consentito, che pertanto non può essere ascritto all'ente.

6. Il duplice “volto” del modello compensativo: il post fatto ex art. 17 come causa di estinzione delle sanzioni interdittive e il post fatto ex art. 78 come presupposto della conversione

Il modello di prevenzione del rischio reato, seppur con le innegabili difficoltà ad esso connesse di cui si è cercato di far cenno in precedenza, costituisce senza dubbio l'architrave del sistema punitivo dell'ente, il quale è chiamato ad una condivisione con l'apparato pubblico dell'attività para normativa. L'ordinamento, pertanto, grava l'ente di un oneroso compito, il cui premio variamente si articola in funzione del momento in cui interviene l'adozione di esso.

Se prima si è visto il valore esimente dell'efficace adozione e attuazione del modello in chiave preventiva, il quale esclude, o meglio dovrebbe escludere, la responsabilità, la commissione del reato presupposto non costituisce il limite massimo oltre cui la sopravvenuta adozione di un modello cautelare si rivela non significativa, in quanto il legislatore intende incentivarne la

²⁸⁸ Cfr. FIDELBO, *op. cit.*, 182

predisposizione postuma in una ottica e di recupero alla legalità della *societas* e di benefici per la collettività.²⁸⁹ Di talché, la adozione del modello assume un ‘valore punitivo’ differente a seconda del momento in cui viene adottato.

In particolare, qualora sia adottato dopo la commissione del fatto, ma prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, se accompagnato dal risarcimento del danno, dalla eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli del reato, nonché dalla messa a disposizione del profitto conseguito, esso elimina le sanzioni interdittive ai sensi dell’art. 17, fungendone da causa di esclusione. Tale disposizione, di tal guisa, descrive un post fatto con valore di causa di estinzione delle sanzioni interdittive, le quali costituiscono la componente più afflittiva del carico sanzionatorio dell’ente. Sicché, pur essendosi verificato l’evento offensivo dell’illecito dell’ente, si incentiva la rimozione delle conseguenze pregiudizievoli, la soddisfazione delle pretese risarcitorie e la adozione di un idoneo modello preventivo mediante il premio della estinzione di tale categoria di sanzioni, purchè tali fatti intervengano entro un limite temporale predefinito.²⁹⁰

La condotta sopravvenuta con valore di estinzione/esclusione delle sanzioni interdittive è una condotta complessa che, in quanto rivolta e al passato e al futuro, elimina il bisogno di incapacitare l’ente, il quale, da un lato, neutralizza il significato offensivo dell’evento-reato e, dall’altro, è recuperato alla legalità. Orbene, il legislatore subordina il meccanismo premiale alla eliminazione del reato presupposto e alla prevenzione di futuri reati, sicché non è sufficiente la adozione di un modello preventivo ad escludere le sanzioni interdittive, ma è un fatto composito nel quale

²⁸⁹ Vedi PALUMBIERI, *Riparazione delle conseguenze del reato*, in CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 232 ss.

²⁹⁰ Vedi PANASITI, *Art. 17. Riparazione delle conseguenze del reato*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, op.cit., 358 ss.

convergono istanze compensative e preventive, la cui integrale soddisfazione sarebbe preclusa dalla mancata previsione di un meccanismo premiale.²⁹¹ Significativo, in tal senso, lo sbarramento processuale costituito dalla ‘dichiarazione di apertura del dibattimento’, il quale esprime la volontà del legislatore di ricollegare un significato estintivo alle condotte prima descritte solo ove intervengano in una fase non eccessivamente distante dall’illecito così da evidenziare una resipiscenza dell’ente, il quale si attiva per riparare e per prevenire con una condotta antagonista rispetto a quella offensiva.²⁹² Le condotte riparatorie e l’adozione del modello ora descritte, seppur assumono diverso valore in altri contesti temporali, esprimono un significato di esclusione solo ove evidenzino una volontaria e consapevole ‘rieducazione’ della persona collettiva, a prescindere da giudizi prognostici sull’esito del processo. Di talché, il legislatore intende incentivare le condotte riparatorie e sotto forma di eliminazione del danno e sotto forma di adozione postuma di un efficace modello preventivo in quanto espressione di un processo di conversione alla ‘legalità’ in atto e non anche espressione di una mera strategia difensiva.²⁹³

Se la dichiarazione di apertura del dibattimento segna un limite temporale espressivo di una tale resipiscenza premiata con la estinzione delle sanzioni interdittive, il legislatore non rinuncia ad incentivare la conversione dell’ente alla prevenzione dei reati ricollegando rilevanti effetti premiali alla realizzazione tardiva delle condotte riparatorie di cui prima. Ai sensi dell’art. 78, ove la richiesta sia depositata nel termine massimo di 20 giorni dalla notifica della sentenza di condanna, il giudice può disporre la conversione

²⁹¹ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, *op.cit.*, 238

²⁹² Vedi VIZZARDI, in BERNASCONI-PRESUTTI-FIORIO, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d. legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 219

²⁹³ Cfr. PANASITI, *op.cit.*, 358 ss.

della già inflitta sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria.²⁹⁴ Sicché, in questa fattispecie il comportamento successivo e tardivo non opera quale causa di esclusione/estinzione della sanzione interdittiva, ma quale presupposto della conversione, sicché si qualifica per la mitigazione delle conseguenze sanzionatorie dell'illecito.

Ad ogni modo, visto il differente significato e valore che il *post factum* nella duplice componente riparatoria e preventiva assume a seconda della fase in cui interviene, il giudice nel giudizio sul modello dovrà modularsi in modo differente.²⁹⁵ Pertanto, seppur si rende necessario accertare l'idoneità preventiva rispetto alla commissione di ulteriori reati non potendosi ridurre ad una mera ridefinizione delle strutture e al superamento delle lacune organizzative,²⁹⁶ il giudizio sul comportamento successivo, con specifico riferimento alla adozione postuma del modello, si declina diversamente rispetto alla prevenzione *ante factum*, in quanto la valutazione del giudice deve concentrarsi sulle carenze organizzative che hanno reso possibile la commissione del reato in una ottica non più meramente prognostica e ipotetica.²⁹⁷

6.1 Il “cortocircuito” della legge n. 3/2019: tra inasprimento e premialità

Dall'analisi della disciplina legislativa riservata ai comportamenti successivi alla verifica dell'evento reato, pare emergere l'intento di mitigare

²⁹⁴ Vedi MANCUSO, *Art. 78. Conversione delle sanzioni interdittive*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *op.cit.*, 1319 ss.

²⁹⁵ In tal senso FIDELBO, *Idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, *op.cit.*, 184

²⁹⁶ Vedi MANACORDA, *op.cit.*, 62

²⁹⁷ Cfr. FIDELBO, *Idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, *op.cit.*, 184

l'asprezza del trattamento sanzionatorio nella sua componente maggiormente afflittiva, quale quella delle sanzioni interdittive, la cui esclusione o la cui conversione in sanzione pecuniaria, evitando così forme di incapacitazione fortemente penalizzanti, costituisce il premio di una fattiva partecipazione dell'ente al ripristino di un contesto organizzativo validamente preventivo.

Tale chiaro ordine sistematico è stato in parte alterato dalla recente legge di riforma, n.3/2019, la quale ha inasprito la durata delle sanzioni interdittive con riguardo alla commissione dei reati presupposto di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 25, ossia reati contro la pubblica amministrazione. Un intervento che mal si iscrive nella cornice normativa diretta a incentivare l'ente ad adottare modelli preventivi e riparare i danni cagionati mediante la neutralizzazione degli effetti delle aspre sanzioni interdittive.

Autorevole dottrina²⁹⁸ ha evidenziato come l'innalzamento del massimo di sanzione interdittiva irrogabile²⁹⁹ pare ispirato a logiche esclusive di prevenzione generale che mortificano il processo di coinvolgimento della *societas* nella prevenzione dei reati, in quanto possono facilmente condurre alla 'morte' dell'ente. Sicché, dinnanzi alla minaccia di una sanzione così afflittiva, la cui introduzione non si giustifica per la connessione con l'innalzamento di pena per gli autori dei delitti presupposto stante l'autonomia dell'illecito dell'ente, si crea il rischio di paralisi della *societas*.³⁰⁰

Né grande valore in un intervento normativo che pare rapsodico e a tratti irrazionale assume la premialità prevista nel senso di ripristinare il regime di cui all'art. 13, c.2, se l'ente, prima della sentenza di primo grado 'si è

²⁹⁸ Vedi PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 537

²⁹⁹ non inferiore a 4 anni e non superiore a 7 se si tratta di apicale, non inferiore a 2anni e non superiore a 4 anni se si tratta di un dipendente

³⁰⁰ Cfr. FIORELLA-MASUCCI, *op.cit.*, 529-530

efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per la individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite e ha eliminato le carenze organizzative'.

7. Il d. lgs. n. 231/2001 e la regola del cumulo delle responsabilità in una prospettiva di allocazione razionale. Luci ed ombre.

Il sistema punitivo dell'ente si fonda sulla regola del cumulo di responsabilità quale precipitato della naturale conformazione del fenomeno criminale di impresa, che si radica non solo e non tanto sugli individui quanto sulla organizzazione, sicché la responsabilità dell'ente serve a punire quel disvalore che la responsabilità individuale non è in grado di assorbire.³⁰¹ Orbene, laddove si verifichi un reato presupposto rispetto a cui la individuazione del soggetto agente è irrilevante, sorge la responsabilità dell'ente se ed in quanto si accerti la sussistenza degli elementi costitutivi della struttura dell'illecito dell'ente per come delineata nel corso del primo capitolo della presente tesi.

Si impone, di tal guisa, una attenta riflessione in punto di punibilità e di rapporti tra la punibilità del reato e punibilità dell'illecito dell'ente, innegabilmente influenzati dalla natura di questo illecito da riconoscersi ormai come para penale.³⁰² Abbandonata ormai la opzione

³⁰¹ Così PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 538

³⁰² Per un ampio approfondimento sul tema della natura della responsabilità a carico dell'ente collettivo si veda DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato, op.cit.*, 324 ss.

amministrativistica che avrebbe richiesto una autonoma riflessione, la natura para penale e comunque punitiva consente di interrogarsi sulla punibilità dell'ente mediante l'ausilio dei principi penalistici che governano la medesima materia. Seppure la disciplina della prescrizione, per come di qui a breve si vedrà, di impronta chiaramente civilistica in parte contraddice tali conclusioni ed evidenzia una scelta irragionevole del legislatore che ne ha dettato un regime alieno rispetto alla morfologia del decreto n. 231 e in controtendenza con la regola del decumulo di cui all'art. 8.

Ad ogni modo, l'autonomia dell'illecito dell'ente impone di ricostruire la categoria della punibilità in termini autonomi secondo una prospettiva di allocazione razionale di responsabilità ove il principio del cumulo delle responsabilità individuali e dell'ente appare sì imprescindibile, ma attenuabile in forza di indici propri che rilevino ragioni di opportunità per la rinuncia alla punizione dell'ente o di non punire la persona fisica che abbia agito per conto di una organizzazione punibile.³⁰³

7.1 La disciplina della prescrizione come causa di estinzione dell'illecito dell'ente: decumulo di responsabilità e profili di criticità di un regime “simil civilistico”

Un istituto che depone nel senso della necessità di una autonoma riflessione sulla punibilità dell'ente è la prescrizione, la quale segna con chiarezza la autonomia dell'addebito mosso all'ente rispetto al reato individuale, la cui prescrizione non incide sulle vicende punitive della *societas*.

³⁰³ In tal senso MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, op.cit., 424-425

Il legislatore del 2001, costretto in questo senso dalla rigidità della legge delega sul punto riproduttiva dell'art. 28 della l. n. 689/81, ha costruito un regime paracivilistico della prescrizione dell'illecito in analisi, prevedendo un termine di prescrizione quinquennale e rinviando all'art. 2945 c.c per la disciplina delle cause interruttive.³⁰⁴ Sicché, la diversità di regime, valorizzata da una parte della dottrina al fine di affermare la natura amministrativa alla responsabilità dell'ente,³⁰⁵ costituisce una ipotesi di decumulo di responsabilità in quanto scinde le vicende punitive della persona fisica e della persona giuridica.³⁰⁶

L'art. 22 all'uopo dedicato consegna all'interprete un quadro del regime della prescrizione da più parti tacciato di incoerenza e irrazionalità e distonico rispetto al complesso sistema punitivo in cui si inserisce,³⁰⁷ escludendone l'assoggettamento a termini legalmente predeterminati come prescrive l'art. 160, c.3, c.p. Sicché, ad ogni atto interruttivo inizia nuovamente a decorre un nuovo termine quinquennale di prescrizione, mentre per altro verso la prescrizione non corre per il tempo impiegato per il passaggio in giudicato della sentenza, con conseguente irragionevole ed ingiustificato allungamento dei termini di prescrizione.³⁰⁸

Si tratta di una disposizione che presenta una infelice formulazione letterale, in quanto pone quale oggetto della prescrizione non l'illecito da reato, ma la sanzione, sicché, se strettamente intesa, dovrebbe concludersi che il giudice sarebbe tenuto, ad accertare l'illecito imprescrittibile, pur se non punibile in

³⁰⁴ Vedi DINACCI, *La prescrizione dell'illecito dell'ente: alla ricerca di una lettura ragionevole tra inquadramenti sistematici, dato positivo e limiti costituzionali*, in *Arch.pen.web*, 2/2020, 3

³⁰⁵ Vedi COCCO, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Cass.pen.*, 2004, 116 ss.

³⁰⁶ Così PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 541

³⁰⁷ Cfr. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2006, 168

³⁰⁸ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, *op.cit.*, 254

quanto solo la sanzione è prescritta.³⁰⁹ Sicché, per tale via si verrebbe a interrompere quella relazione essenziale tra illecito e sanzione ai fini della effettività di ogni sistema di responsabilità previsto dall'ordinamento. Nonché, si determinerebbe uno spreco di risorse processuali tese ad accertare un illecito che non si prescrive, ma che diviene non punibile per l'estinzione della sanzione. Di talché, per fuggire da un tale paradosso logico per cui si prescrive solo la sanzione, la dottrina³¹⁰ si è orientata nel senso di estendere il regime di prescrizione all'intero illecito.

Nonostante questo correttivo interpretativo l'adesione al regime civilistico suscita molteplici perplessità, in quanto il fondamento comune della responsabilità individuale e della *societas* nel fatto storico, la cui gravità ai sensi dell'art. 157 c.p determina la prescrizione del reato, avrebbe dovuto suggerire la opportunità di una comune disciplina della prescrizione fondata su principi condivisi.

Si coglie, ancora, la irragionevolezza³¹¹ nella indifferenza dell'art. 22 verso la gravità dei reati presupposto con conseguente appiattimento verso l'unico termine di prescrizione quinquennale a detrimento tanto delle ragioni della pubblica accusa che potrebbe necessitare di un tempo maggiore per lo svolgimento delle indagini, quanto delle ragioni della difesa.³¹¹ Sarebbe stato ragionevole modulare differentemente il termine di prescrizione con riferimento al reato commesso dalla persona fisica, in quanto indice della gravità rispetto a cui si misura il tempo entro cui l'ordinamento possa esercitare legittimamente la propria pretesa punitiva.

³⁰⁹ In tal senso LECIS, *Art. 22. Prescrizione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *op.cit.*, 426-427

³¹⁰ Vedi GIAVAZZI, *Art. 22*, in *Codice di procedura penale commentato*, GIARDA-SPANGHER, Padova, 2002, 177

³¹¹ Così SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n.231/2001: alcuni problemi aperti*, in *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, *op.cit.*, 81

È proprio con riferimento alla stretta relazione con il ‘fatto di connessione’³¹², che si articola in un autentico rapporto di dipendenza testimoniato dal decorso del termine di prescrizione dell’illecito nel *tempus commissi delicti*, che si coglie la manifesta irragionevolezza della scelta legislativa.³¹³ La stretta correlazione con il fatto di reato avrebbe dovuto indurre il legislatore ad uniformare i regimi, a differenziare il termine di prescrizione in funzione della gravità del reato presupposto, al fine di valorizzare la colpa di organizzazione evidentemente legata al fatto reato commesso nell’interesse o a vantaggio dell’ente.³¹⁴

7.2 Sede penale dell’accertamento, rinvio alla disciplina civilistica e ‘vulnus’ al diritto di difesa dell’ente

La insostenibilità della scelta del legislatore di introdurre un regime differenziato della prescrizione si coglie ancor più nettamente ove si consideri la particolare afflittività del carico sanzionatorio e la sede di accertamento della responsabilità degli enti. Ed infatti, l’impianto punitivo, all’inizio del presente capitolo sommariamente descritto, con l’asprezza del sistema trinario ed in particolare delle sanzioni interdittive, che orientano la dottrina dominante a qualificare l’illecito come para penale, trova la sua concretizzazione nel procedimento penale di cui occorre rispettare i principi del giusto processo ex art. 111 Cost.

³¹² Cfr. DE SIMONE, *Il “fatto di connessione” tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2011, 33 ss.

³¹³ Vedi DINACCI, *op.cit.*, 6

³¹⁴ Così DINACCI, *op.cit.*, 7

Occorre, tra l'altro, considerare come la disciplina processualistica dell'ente sia certamente ispirata al principio del *simultaneus processus*, assunto a regola derogabile dinnanzi a specifiche esigenze³¹⁵, suggellando, al di là dei precipitati in punto di struttura dell'illecito, la stretta connessione con la commissione del reato, il cui fatto storico assurge a punto di partenza indefettibile dell'accertamento. Di talché, il fatto di reato assume un significato essenziale per la prescrizione dell'illecito della persona collettiva come prova la disciplina del *dies a quo* di cui all'art. 22, sì da poter ritenere che le ragioni che ispirano la prescrizione penalistica avrebbero dovuto estendersi anche alla disciplina del decreto 231, dovendo il decorso del tempo valere anche per la *societas* quale causa di estinzione della punibilità.³¹⁶

A ben vedere il processo penale a carico della stessa con la sua pendenza 'prolungata' quale conseguenza del regime paracivilistico della prescrizione rappresenta un 'costo' che dovrebbe essere sopportato dalla organizzazione collettiva non diversamente da quanto sopportato dalla persona fisica, considerando le reazioni del mercato già solo in fase di indagini preliminari dinnanzi al pericolo di una applicazione cautelare delle sanzioni interdittive.³¹⁷

Ed è sulla scorta di tali considerazioni che la dottrina³¹⁸ riconosce un autentico diritto all'oblio all'ente analogo a quello che permea la prescrizione penalistica, che gli consenta di orientare le proprie scelte economico aziendali. Sicché, l'ente come l'individuo ha diritto alla ragionevole durata del processo e a non rimanere eccessivamente esposto

³¹⁵ Cfr. DI BITONTO, *Lineamenti generali del processo a carico degli enti*, in *Responsabilità da reato degli enti. Volume II. Diritto processuale*, LATTANZI-SEVERINO (a cura di), Torino, 2020, 32 ss.

³¹⁶ Così DINACCI, *op. cit.*, 26

³¹⁷ In tal senso DI BITONTO, *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Torino, 2012, 36

³¹⁸ Vedi DINACCI, *Prescrizione del reato e principi costituzionali nel sistema del diritto penale*, in *Riv.it.dir.pen.econ.*, 2019, 150 ss.

alle scure del processo, il quale si pone in sé come una pena dai caratteri marcatamente afflittivi.³¹⁹

L'esposizione prolungata al processo penale, oltre che porsi in tensione con la ragionevole durata di matrice costituzionale e convenzionale, si pone a detrimento delle esigenze difensive dell'ente connesse alla ricostruzione degli elementi che radicano la sua responsabilità e il cui accesso a notevole distanza di tempo non è certo agevole. Ed in effetti all'ente è riconosciuto il medesimo statuto dell'indagato/imputato persona fisica, tale che *a fortiori* pare irragionevole il rinvio alla disciplina civilistica degli atti interruttivi.³²⁰

Tale rinvio rende, di fatto, imprescrittibile l'illecito contestato all'ente, ove si consideri l'art. 22 c.4, a mente del quale, qualora la contestazione dell'illecito intervenga entro cinque anni dalla commissione del reato, la prescrizione non corre fino al passaggio in giudicato della sentenza, seppur mitigata dalla previsione dell'art. 60. Di talché, il rischio, spesso confermato dalla prassi, è di un processo nel corso del quale il reato si prescrive e l'ente sia costretto a proseguire da solo il suo iter processuale con le connesse criticità relative alla ricostruzione delle prove e alla reale funzione rieducativa della sanzione applicata a notevole distanza dai fatti.³²¹ Rischio il quale, a dispetto delle difese del sistema da parte della giurisprudenza di legittimità, non pare essere del tutto neutralizzato dall'istituto di cui all'art. 60.³²²

³¹⁹ In tal senso si esprime VIGANÒ, *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir.pen.contemp.-Riv.trim.*, 2013, 26 ss.

³²⁰ Vedi MARANDOLA, *Il diritto di difesa dell'ente*, in *Responsabilità da reato degli enti collettivi*, op. cit., 73 ss.

³²¹ Cfr. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti*, op.cit., 82

³²² Per una panoramica delle posizioni giurisprudenziali si veda SANTORIELLO, *Note minime in tema di prescrizione della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *Giur.pen.web*, 10/2018

7.3 L'istituto della decadenza dalla contestazione di cui all'art. 60 come "ponte" tra la prescrizione del reato presupposto e l'illecito dell'ente

Il regime della prescrizione dell'illecito dell'ente, strutturato secondo lo schema civilistico cui si rinvia espressamente quanto alla disciplina degli atti interruttivi, genera una crisi insostenibile tra reato ed illecito dell'ente i quali sono intimamente connessi, pur se il fatto storico costituisce solo il *prius* logico e cronologico di contestazione di un addebito a carico della *societas* cui è ascrivibile un autonomo fatto.

Le criticità di cui si è dato prima conto sono state solo in parte mitigate dall'istituto della contestazione di cui all'art. 60, a mente del quale se matura la prescrizione del reato presupposto, al pubblico ministero è precluso l'esercizio dell'azione penale sotto forma di contestazione dell'illecito all'ente. Si tratta di una disposizione non presente nella originaria legge delega, la cui introduzione si spiega con la volontà del legislatore delegato di mitigare gli effetti potenzialmente assai rigorosi del regime della prescrizione simil civilistico a carico dell'ente.³²³

La decadenza dalla contestazione si spiega in ragione della particolare operatività della interruzione della prescrizione dell'illecito dell'ente dinanzi alla richiesta di misure cautelari senza che vi sia una formale contestazione ai sensi dell'art. 59. Sicché, si tratta di un istituto di matrice processuale che colpisce l'azione del pubblico ministero e non anche l'illecito dell'ente che sopravvive.³²⁴

³²³ Cfr. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n.231/2001*, op.cit., 82

³²⁴ Vedi SGUBBI, *Art.60. Decadenza dalla contestazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, op.cit., 1204 ss.

Pare chiaro come il legislatore, consapevole della distonia della disciplina approntata per la prescrizione dell'illecito ex decreto 231 che si distacca dai principi della prescrizione penalistica con cui pur condivide impianto e ragioni, abbia inteso comunque introdurre un collegamento con la prescrizione del reato presupposto. Un collegamento che, collocato sul piano solo processuale, ha una valenza limitata in quanto se è innegabile che introduce un canale di comunicazione tra le vicende del reato presupposto e dell'illecito della *societas*, al contempo lascia fermo l'illecito rispetto a cui la decadenza opera solo per l'esercizio dell'azione penale, non anche per l'esercizio di azioni risarcitorie.³²⁵

8. Il recesso attivo ex art. 26 c.2 come causa di non punibilità sopravvenuta

Il legislatore del 2001 ha recato una scarna disciplina del tentativo o meglio delle conseguenze sanzionatorie per l'ente laddove il reato presupposto si arresti alla soglia del tentativo punibile. In specie, all'art. 26 c.1 è prevista la riduzione da un terzo alla metà delle sanzioni pecuniarie e interdittive, mentre al comma 2 viene disciplinato in senso del tutto distonico rispetto al corrispondente istituto penalistico il recesso attivo dell'ente, tacendo, di contro, sulla desistenza volontaria che pure compone il quadro della disciplina riservata dal Codice Rocco al delitto tentato.

Sul regime in analisi si sono addensati dubbi di costituzionalità per eccesso di delega³²⁶ in quanto nella legge delega 300/2000 non si rintraccia alcun

³²⁵ Cfr. SGUBBI, *Art. 60. Decadenza dalla contestazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *op.cit.*, 1204 ss.

³²⁶ In tal senso si esprime DE SIMONE, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano*, *op.cit.*, 663

riferimento al tentativo e laddove si disponga intorno al reato presupposto, il legislatore della delega si riferisce genericamente al ‘reato’. Espressione che viene spiegata dalla Relazione governativa come ricomprensiva, stante la sua ampiezza e genericità, e del delitto consumato e del delitto tentato, seppur si è evidenziato che la qualificazione del tentativo come autonoma figura di reato non consentirebbe una tale estensione, sicché il silenzio sul punto della legge delega andrebbe interpretato come preclusivo alla disciplina del tentativo.³²⁷

Tuttavia, in realtà non paiono condivisibili le censure di eccesso di delega avverso la estensione della responsabilità degli enti anche laddove il reato presupposto si arresti alla soglia del tentativo, in quanto è innegabile che esigenze di stretta interpretazione si impongano con riferimento alle norme incriminatrici che come tali sono applicabili alla fattispecie tentata solo in caso di previsione espressa, non anche nel contesto di una legge delega ove il riferimento al reato non può essere considerato indicativo del solo reato consumato alla stregua di considerazioni informate alla legalità e all’art. 56 c.p.³²⁸

In tal senso soccorrono numerose disposizioni rispetto alle quali il generico riferimento al reato viene ritenuto comprensivo anche della fattispecie tentata. Nonché, occorre considerare come i delitti tentati condividano con i delitti consumati *“l’afferenza ad un determinato oggetto di tutela che è il criterio fondamentale al quale l’art. 11, c.1 l. 300/2000 collega l’individuazione dei reati da attribuire alla responsabilità degli enti, al di là di taluni più puntuali richiami a determinati articoli del codice penale”*.³²⁹

³²⁷ Così PASCULLI, *La responsabilità da reato degli enti collettivi nell’ordinamento italiano*, Bari, 2005, 263

³²⁸ Vedi DE FALCO, *Art. 26. Delitti tentati*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *op.cit.*, 783

³²⁹ Così DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, *op.cit.*, 302

Il legislatore delegato nella disciplina del tentativo ha introdotto all'art. 26 cpv un peculiare regime del recesso attivo, secondo cui l'ente non risponde nel caso di volontario impedimento del compimento dell'azione o della realizzazione dell'evento. Sicché, mentre il corrispondente istituto penalistico assume valore di circostanza attenuante in quanto l'art. 56 c.4 c.p. vi ricollega come effetto la diminuzione della pena da un terzo alla metà, nella disciplina del decreto n.231 assume valore di causa di non punibilità sopravvenuta.

Ora, è evidente la logica premiale del c.d 'ponte d'oro' che soggiace a tale istituto in quanto l'ente è indotto dall'effetto di esclusione della responsabilità alla neutralizzazione del risultato offensivo in linea con la filosofia preventiva dell'intero decreto, che attribuisce già di per sé alle condotte riparatorie *post delictum* un significativo effetto attenuante. Di talché, pare un naturale completamento la previsione della non punibilità della condotta successiva che impedisce l'evento offensivo o la realizzazione dell'azione. Ed infatti, se le condotte riparatorie sono espressive di un minor bisogno di pena con conseguenze attenuazione della punibilità quando il reato è stato già consumato, *a fortiori* è opportuno escludere la punibilità della condotta che impedisce la lesione del bene giuridico.³³⁰ Si tratta di una previsione di favore che si fonda sulla inopportunità di punire il destinatario della sanzione qualora si attivi tempestivamente per neutralizzare i rischi della propria condotta, che diviene non più espressiva di un disvalore che reclami l'intervento punitivo.

In tale fattispecie, pertanto, è necessario accertare il fatto proprio dell'ente inteso come deficit organizzativo derivante dal comportamento aggregato che si rinuncia a punire in quanto abbia impedito il verificarsi dell'evento

³³⁰ Cfr. DE FALCO, *op.cit.*, 797

reato. Sicché, la successiva condotta impeditiva, che si traduce nel recupero dell'ente alla legalità mediante la eliminazione delle lacune organizzative che hanno agevolato il reato, ne esclude la ricorrenza quale evento costitutivo dell'illecito dell'ente, da cui si rintraccia la ragione di un trattamento di favore che il legislatore ha inteso individuare nella non punibilità sopravvenuta ad incentivo della condotta operosa della *societas*. Orbene, l'ente manifesta all'esterno l'esercizio di doveri di controllo che hanno permesso di mappare l'illecito e ha attuato una condotta che evidenzia lo scostamento rispetto all'autore del reato, sì da meritare la previsione di non punibilità.³³¹

L'ambito di applicazione della causa di non punibilità sopravvenuta in commento si definisce in ragione di una lettura in combinato disposto dell'art. 26 c.2 con l'art. 6 e l'art.7. Ed, infatti, l'autonomia della responsabilità dell'ente viene declinata dal legislatore nel senso di escluderne la integrazione qualora, in caso di reato commesso da apicali, l'ente abbia adottato ed efficacemente attuato il modello organizzativo, mentre nel caso di reato commesso dai sottoposti qualora l'ente abbia esercitato correttamente i poteri di vigilanza e direzione. Sicché, poiché l'esonero di responsabilità di cui agli artt. 6 e 7 presuppone l'inconsapevolezza dell'ente, è evidente che la fattispecie del recesso attivo copra l'area della 'volontarietà' del comportamento dell'ente, come il legislatore ha inteso letteralmente.³³²

Senonché, occorre fuggire da interpretazioni antropomorfizzanti che considerino il requisito della volontarietà nella sua dimensione psicologica, che determinerebbero una non tollerabile sovrapposizione tra la azione

³³¹ In tal senso DE SIMONE, *I profili sostanziali della responsabilità c.d amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, GARUTI (a cura di), Padova, 2002

³³² Vedi DE FALCO, *op.cit.*, 798

dell'autore persona fisica e causa di esclusione della punibilità. Di contro, in una prospettiva che valorizzi la autonomia dell'ente occorre ricostruire dei comportamenti allo stesso direttamente riferibili nella sua componente strutturale organizzativa, in quanto tali espressivi di un recupero alla legalità e neutralizzanti il bisogno di pena.³³³ Né potrebbe essere altrimenti ove si consideri che il legislatore del 2001 ha inteso scindere le vicende punitive/premiali della persona fisica da quelle dell'ente collettivo in assenza di un *idem factum*.³³⁴

9. Le vicende modificative dell'ente: la disciplina prevista dagli artt. 28 e ss.

La Sezione II del Capo II del decreto n. 231 è dedicata alle vicende modificative dell'ente, il quale è soggetto nel corso della sua esistenza a fisiologiche variazioni quale la trasformazione, la fusione e la scissione, che, stante la natura para penale della responsabilità, reclamano una disciplina specifica non mutuabile dal diritto civile, disciplina in equilibrio tra opposte istanze: da un lato il patologico ricorso a espedienti modificativi della compagine collettiva al fine di eludere la applicazione del sistema punitivo, e dall'altro consentire e non stigmatizzare necessari e fisiologici interventi di riorganizzazione.³³⁵

Sicché, il legislatore ha inteso tutelare le istanze di effettività del sistema prevedendo la trasmissibilità delle sanzioni pur in presenza di modifiche

³³³ In tal senso DE VERO, *op.ult.cit.*, 303-304

³³⁴ Cfr. F. MAZZACUVA, *L'ingresso dei reati tributari nel sistema di responsabilità ex crimine degli enti collettivi. Problemi e prospettive*, in www.penaledp.it, 02.11.2020

³³⁵ Cfr. QUINTANA, *Art. 28. Trasformazione dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *op.cit.*, 807-808

soggettive dell'ente, una trasmissibilità, tuttavia, non incondizionata per garantire la 'vivacità' delle *societas* e del mercato.³³⁶ Ed in tal senso si sono estesi i principi propri della disciplina civilistica dei debiti per le sanzioni pecuniarie, mentre si è affermato il principio di stretta correlazione tra sanzione interdittiva e ramo di attività nel cui ambito è stato commesso il reato, consentendo tra l'altro la sostituzione di tale assai afflittiva sanzione con la sanzione pecuniaria.

9.1 Questioni preliminari: divergenza o analogia della disciplina parapenale delle vicende modificative con gli altri settori dell'ordinamento

L'analisi delle vicende modificative dell'ente presuppone un chiarimento preliminare sulla identità o al contrario sull'autonomia della disciplina approntata dal decreto n. 231 rispetto alla corrispondente disciplina che il codice civile reca ai fenomeni in analisi. Esigenze di coerenza, unità e coordinamento dell'intero ordinamento giuridico suggerirebbero la identità di nozioni, principi, disciplina, per neutralizzare il rischio di un regime normativo disomogeneo ed in tensione di medesimi fenomeni giuridici. Tuttavia, istanze precipe e specifiche del sistema punitivo dell'ente depongono nel senso dell'autonomia delle rispettive discipline, replicando un percorso interpretativo analogo a quanto avvenuto nel campo del diritto penale individuale, potendosi di tal guisa trarre il principio della tendenziale autonomia della disciplina punitiva comunque denominata.

³³⁶ In tal senso ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari. I*, Milano, 2007, 899

Verso tale soluzione convergono per di più una serie di indici normativi, quale il riferimento all'ente come destinatario della disciplina e non alla società, che è significativo della indipendenza della disciplina punitiva rispetto alla disciplina privatistica che evidentemente ha un campo di applicazione più ristretto, nonché la disciplina in una unica rubrica di vicende cui il legislatore civilistico ha dedicato specifiche ed autonome disposizioni normative.³³⁷

Certamente un problema di autonomia non si pone laddove la disciplina extrapenalistica e la disciplina della responsabilità da reato convergono in punto di vicende modificative, tuttavia è possibile che ricorra una divergenza che impone di interrogarsi sulla unitarietà o diversità di effetti. Non possono, senza dubbio, nascondersi le ragioni di tutela di ogni sistema punitivo che richieda una autonormazione dei fenomeni, sicché ricorrono in tali materie dei principi di garanzia irrinunciabili che ostano alla ricostruzione del rapporto tra diritto punitivo e diritto extrapenale in termini di subordinazione, seppur certamente la disciplina civilistica non può essere considerata *tamquam non esset*.

9.1.1 La sanzione per l'ente modificato e il principio di personalità

Tra i principi che impongono una seria e attenta riflessione nella risoluzione delle istanze connesse alle modificazioni dell'ente vi è il principio di personalità della responsabilità e della sanzione, il quale costituisce una garanzia ineludibile di ogni sistema punitivo statale comunque denominato.

³³⁷ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Trasformazione, fusione, scissione e responsabilità "penale" degli enti*, in *Rass.giur.en.el.*, 2002, 333

Ed è proprio con riguardo a tale principio che si manifestano i momenti di potenziale maggiore tensione delle vicende modificative (in specie fusioni o scissioni) che si arricchiscono del concorso di estranei all'illecito e ciononostante potenzialmente destinatari delle sanzioni.³³⁸

Il legislatore ha, pertanto, cercato di valorizzare la *ratio* di garanzia del principio di personalità, che, portato alle sue estreme conseguenze, osterebbe alla trasmissibilità delle sanzioni ad un ente modificato, senza far risultare cedenti le ragioni di punizione dinnanzi a vicende che non decretano la cessazione delle attività della *societas*, ma fungono da incentivo.³³⁹

Perché il principio di personalità sia rispettato nelle sue istanze sostanziali di tutela, consentendo al contempo di neutralizzare il rischio di elusioni delle sanzioni, il decreto n. 231 sembra presupporre una esigenza di continuità tra l'ente preesistente e quello modificato,³⁴⁰ affinché la sanzione sia posta a carico di un assetto sociale e organizzativo espressivo di un disvalore bisognoso e meritevole di sanzione, al di là delle vicende formali. Sicché, il legislatore ha inteso individuare di volta in volta un criterio di carattere sostanziale che consenta di colpire quegli assetti di interessi e organizzativi concretamente rimasti immutati, per i quali si impone la opportunità di un intervento sanzionatorio.

In tal senso, l'art. 30 in caso di scissione collega la sanzione interdittiva alla titolarità originaria o sopravvenuta del ramo di attività ove l'illecito sia stato commesso, mentre il successivo art. 33 preclude l'ascrizione di responsabilità in capo all'acquirente dell'azienda o del ramo, salva la

³³⁸ Cfr. MASUCCI, *Ratio e sistema dell'illecito (para) penale dell'ente modificato*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2015, 178

³³⁹ Vedi CASTAGNO-STIGLIANO, *Lo strano caso delle vicende modificative dell'ente: è giusto punire Jekyll per le colpe di Hyde?*, in *Giur.pen.web*, 1-bis/2020, 4

³⁴⁰ Così MASUCCI, *Responsabilità da reato e "vicende modificative": dalla continuità d'azione alla colpevolezza dell'ente*, in *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, op.cit., 133

responsabilità solidale per le sanzioni pecuniarie.³⁴¹ Di talché, il legislatore ha evidentemente inteso far discendere la ascrizione della responsabilità *ex crimine* dalla sopravvivenza del ramo di attività, nozione che non si identifica in un fenomeno di mera caratura oggettiva, per come si vedrà di qui a breve.

Sicché, la responsabilità potrà essere ascritta solo laddove si ravvisa l'identità dell'ente, in quanto è tale identità che soddisfa il principio di personalità della sanzione con caratteri punitivi, principio di personalità che si traduce nel divieto di perseguire soggetti estranei all'area dell'illecito e in quanto tali non bisognosi di punizione.³⁴² Di tal guisa, non si può immaginare un trasferimento di responsabilità e sanzione senza la individuazione di un nesso di continuità.

9.1.2 Il concetto di 'identità' dell'ente quale criterio di ascrizione della responsabilità *ex crimine* degli enti

Le esigenze prima evidenziate sottese al principio di personalità della sanzione che informa ogni sistema punitivo impongono una compiuta riflessione intorno al concetto di 'identità' dell'ente quale criterio che consente di 'colpire' il medesimo assetto organizzativo nel quale è maturato l'illecito, pur se l'ente fisiologicamente si modifica. Nozione intorno alla quale non si registra un adeguato approfondimento teorico e sulla cui esatta intelligenza non si è pervenuti a soluzioni definitive.³⁴³

³⁴¹ QUINTANA, *op.cit.*, 858 ss.

³⁴² Vedi MASUCCI, *op.ult.cit.*, 134

³⁴³ In tal senso MASSI, "*Veste formale*" e "*corpo organizzativo*" nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato, Napoli, 2012, 139 ss.

Si ripropone in questa sede la dicotomia tra criteri formali come la soggettività dell'ente, il quale rimane responsabile ancorché modificato, e criteri sostanziali i quali imporrebbero di accertare come la singola vicenda incida sull'assetto delle persone giuridiche.³⁴⁴

Sul punto ha fatto molto discutere un arresto giurisprudenziale di legittimità del 2010 nel quale la Cassazione, in una pronuncia che ha esteso la punibilità alla impresa individuale, è parsa dirigersi verso una ricostruzione che privilegia un approccio sostanzialistico fondato su dati empirici circa la complessità della organizzazione, la pluralità di soggetti e il comune fine.³⁴⁵

A tacere sulle aspre critiche a tale ricostruzione, essa segna una condivisibile direzione verso la intima correlazione tra responsabilità e soggettività giuridica, quale espressione di azione collettiva cui ricollegare il rimprovero e di capacità di orientamento, che sono difficilmente conciliabili con la identificazione dell'ente in funzione di semplici parametri economico sostanziali.³⁴⁶

Ed in tal senso soccorrono le riflessioni in avvio della presente tesi nelle quali si è cercato di indicare la necessità di un approccio ricostruttivo che valorizzi la autentica dominabilità oggettiva tramite la puntuale individuazione di un comportamento aggregato dell'ente, distinto da quello delle singole persone fisiche.³⁴⁷

A sostegno di tale esito interpretativo sembrano, tra l'altro, porsi alcuni indici normativi disseminati nel d.lgs. n. 231/2001, che, pur valorizzando le componenti patrimoniali o i complessi organizzati presenti nell'ente, non

³⁴⁴ MASUCCI, *Ratio e sistema dell'illecito para penale dell'ente*, *op.cit.*, 183

³⁴⁵ Vedi PALIERO, *Bowling a Columbine: la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability*, in *Cass.pen.*, 2011, 2256 ss.

³⁴⁶ MASUCCI, *op.ult.cit.*, 187

³⁴⁷ Sul punto si rinvia a FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'utile al giusto*, *op.cit.*

sembrano mai farli assurgere a soggetti responsabili, rimando l'ente soggettivamente considerato quale unico responsabile.³⁴⁸

Significativa è la disciplina della responsabilità patrimoniale di cui all'art. 27, in forza di cui dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il proprio patrimonio o con il fondo comune ed in forza del quale il credito erariale derivante dall'illecito assume valore privilegiato in ragione della equiparazione tra sanzione pecuniaria e pena pecuniaria.³⁴⁹ Sicché, né la titolarità di un autonomo patrimonio né la finalità del suo utilizzo costituiscono ragioni sufficienti al fine di far sorgere la responsabilità, la quale va riferita all'ente non oggettivamente considerato, ma in funzione del diretto riconoscimento della soggettività giuridica. E tale conclusione pare trovare conferma nella disciplina delle singole vicende modificative che interessano l'ente.

9.2 La trasformazione

Il principio in forza di cui il regime delle vicende modificative impone l'accertamento di una sostanziale continuità tra autore dell'illecito e soggetto responsabile trova il suo immediato precipitato nella disciplina della trasformazione di cui all'art. 28. A mente di tale disposizione si afferma la regola dell'insensibilità della responsabilità dell'ente per i reati anteriori alla trasformazione, in quanto si tratta di evenienze che si traducono in semplici mutamenti di struttura e di moduli organizzativi che lasciano inalterata la identità dell'ente.³⁵⁰

³⁴⁸ Così MASUCCI, *op.ult.cit.*, 187

³⁴⁹ Cfr. CASTAGNO-STIGLIANO, *op.cit.*, 5

³⁵⁰ Tra tutti BUSSON, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in *Enti e responsabilità da reato*, CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI (a cura di), Padova, 2010, 194

Si tratta di una previsione in linea con la normativa civilistica in tema di trasformazione recata dall'art. 2498 c.c a mente del quale “*l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione*”, sancendo il principio della continuità nei rapporti giuridici dell'ente trasformato. Sicché, è evidente che anche nella prospettiva del diritto comune si tratta di una vicenda modificativa del mero modulo formale, che non incide sulla identità né sul patrimonio, risolvendosi in una modifica organizzativa che lascia immutata la titolarità delle situazioni giuridiche soggettive.³⁵¹

Ed è una disciplina che non pone nessun, neanche minimo, momento di tensione con il principio di personalità, in quanto non si tratta di immaginare il trasferimento di una responsabilità tra un certo ente e un altro modificato, ma di affermare la persistente responsabilità di un ente la cui identità soggettiva ‘resta ferma’.³⁵² Le modifiche meramente formali, infatti, non consentono di ricostruire in termini di alterità soggettiva la vicenda della trasformazione dell'ente, il cui esito non è certamente la creazione di un nuovo soggetto.³⁵³

In linea con tale ricostruzione per cui la trasformazione non dà luogo ad un fenomeno ‘novativo’ dell'ente, il legislatore ha escluso la possibilità di sostituire le sanzioni interdittive con una sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 31, c.2 prevista, di contro, per le ipotesi in cui le operazioni di fusione o scissione siano valse ad eliminare le cause che abbiano determinato o reso possibile la commissione del reato.³⁵⁴

³⁵¹ Cfr. CASTAGNO-STIGLIANO, *op.cit.*, 8

³⁵² Vedi QUINTANA, *op.cit.*, 813-814

³⁵³ MASUCCI, *Responsabilità da reato e vicende modificative: dalla continuità di azione alla colpevolezza dell'ente*, in BORSARI, *op.cit.*, 135

³⁵⁴ QUINTANA, *op.cit.*, 815

9.3 La fusione. L'infelice formulazione dell'art. 29 con riferimento all'ente "estraneo" all'illecito pregresso

Meno chiara rispetto alla trasformazione è la disciplina della fusione di cui all'art. 29, a norma di cui "*l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione*" la quale si riferisce sia alla fattispecie c.d di fusione propria, ossia di costituzione di un unico organismo, sia alla fattispecie di fusione impropria ossia di incorporazione di un organismo nell'altro.

Il legislatore ha inteso affermare la *perpetuatio* della responsabilità dell'ente risultante dalla fusione, seppur letteralmente parrebbe riferirsi alla sola ipotesi di fusione tra enti già potenzialmente responsabili in quanto autori di un illecito con esclusione delle fattispecie di fusione tra ente colpevole ed ente estraneo.³⁵⁵ Tra l'altro, la lettera della disposizione induce a individuare un fenomeno di trasferimento o di successione nella responsabilità più che di permanenza della stessa in capo ad un ente rispetto a cui sia predicabile una continuità di azione.

Sicché, anche a voler concedere che sia sufficiente che uno solo degli organismi partecipanti alla fusione sia autore di un illecito anteriore alla stessa,³⁵⁶ non può negarsi che si tratti in ogni caso di un ente diverso da quello autore del reato, un ente rispetto a cui non è ravvisabile alcuna continuità dell'azione 'criminosa' che necessita dell'intervento punitivo.³⁵⁷ È evidente la tensione con il principio di personalità della sanzione in quanto l'art. 29 trasla la sanzione a carico dell'ente autore dell'illecito nei confronti

³⁵⁵ Cfr. MASUCCI, *Ratio e sistema dell'illecito (para)penale dell'ente modificato*, *op.cit.*, 190

³⁵⁶ Vedi CASTAGNO-STIGLIANO, *op.cit.*, 10

³⁵⁷ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, *op.cit.*, 130

di un diverso organismo senza, tuttavia, preoccuparsi di fornire degli indici di riconoscibilità di una struttura identitaria che giustifichi la permanente istanza di punizione.³⁵⁸ Tensione che si acuisce laddove si intenda ricompreso anche l'ente estraneo, il quale si troverebbe a 'sopportare' il costo di una sanzione per un fatto ad esso non riferibile. E parrebbe doversi ricomprendere alla luce di ulteriori indici normativi come l'art. 42 o l'art. 70, i quali distinguono tra ente originario ed ente risultante dalle vicende *de quo* disponendo per la persistente responsabilità dell'ente 'sopravvenuto' nei cui confronti prosegue il processo o si esegue la sentenza, richiedendosi solo che sia individuabile un ente originario responsabile.³⁵⁹ Sembrerebbe, di tal guisa, che sia sufficiente la 'colpa' anche di uno solo degli enti partecipanti alla fusione, affinché le istanze punitive in una ottica retributiva si manifestino sull'ente risultante dalla fusione.

9.3.1 La disciplina degli artt. 42 e 70 come conferma della successione della responsabilità

La lettera della disposizione di cui all'art. 29, seppur presenta dei profili di ambiguità, evoca un fenomeno successorio nella responsabilità per le ragioni di cui prima. Ancorché presenti delle evidenti criticità nel rapporto con il principio di personalità, tale conclusione, criticabile, trova conferma nell'art. 42 ove è stabilito che nei casi di scissione, fusione o trasformazione dell'ente originariamente responsabile il processo prosegua nei confronti dell'ente risultante da tali vicende. Sicché, è tale ultimo ente che è attualmente

³⁵⁸ *Ibidem*, 131

³⁵⁹ Cfr. MASUCCI, *Responsabilità da reato e vicende modificative*, *op.cit.*, 136

responsabile, mentre l'ente effettivo autore dell'illecito nei cui confronti è iniziato il processo è solo originariamente, ma non attualmente responsabile.³⁶⁰ La disposizione in analisi, pertanto, individua un ente originariamente responsabile, la cui responsabilità si trasla, a fronte di un fenomeno di fusione cui partecipa, a carico dell'ente risultante dal procedimento di fusione, quale soggetto attualmente responsabile, cui trasmette la propria responsabilità.

E tale contrapposizione tra ente originariamente responsabile ed ente attualmente responsabile viene replicata ancor più nettamente dall'art. 70, c.1, il quale disciplina la sentenza in caso di vicende modificative dell'ente distinguendo tra 'ente originariamente responsabile' ed 'ente risultante dalla trasformazione o fusione o beneficiario della scissione' quale destinatario della sentenza, nonché dal comma 2 che disciplina l'effetto delle predette vicende in sede esecutiva nel senso di estendere gli effetti della sentenza agli enti prima indicati.³⁶¹

Di tal guisa, è evidente come nella contrapposizione ora descritta si annidi un fenomeno successorio che presupponga la trasmissione della responsabilità e della sanzione, a prescindere dalla verifica di una continuità di azione e di identità tra gli enti.

Ora, tali conclusioni trovano conferma nel raffronto con la disciplina della trasformazione, ove il legislatore espressamente dispone che 'resta ferma' la responsabilità dell'ente, individuando di tal guisa una responsabilità che non si trasmette ma permane in capo ad un ente che ha subito delle mere modifiche organizzative che non intaccano la sua identità. Ciò a fronte dell'art. 29 ove il legislatore si riferisce agli enti protagonisti della fusione

³⁶⁰ Vedi MASUCCI, *Ratio e sistema dell'illecito (para) penale dell'ente*, op.cit., 191

³⁶¹ Vedi SANTORIELLO, *Art.70. La sentenza in caso di vicende modificative dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, op.cit., 1269 ss.

come ‘partecipanti’ mostrando, anche lessicalmente, di descrivere un fenomeno di successione nella responsabilità tra soggetti giuridici alieni.³⁶²

9.4 La scissione. Un possibile “cortocircuito” nella disciplina degli effetti di cui agli artt. 30 e 42

Tra le vicende modificative la scissione si caratterizza senza dubbio per la complessità che si traduce nella pluralità variegata di forme di scissione a fronte di cui già sul piano civilistico manca una definizione unitaria, in quanto l’art. 2056 c.c, rubricato “Forme di scissione” si limita a descrivere il fenomeno.³⁶³ Nel silenzio del legislatore essa può essere definita come *“l’operazione con la quale una società trasferisce il suo patrimonio, in tutto o in parte, ad altre società, preesistenti o di nuova costituzione, con contestuale assegnazione ai soci della società scissa delle azioni o quote delle beneficiarie del trasferimento patrimoniale, secondo le modalità indicate nel progetto di scissione.”*³⁶⁴

L’inventario delle diverse forme di scissione, che presentano come costante il frazionamento dell’ente protagonista della vicenda, si compone variamente: dal punto di vista della scindenda, la scissione può essere totale o parziale qualora il patrimonio della stessa sia trasferito integralmente o in parte ad una o più beneficiarie; mentre dal punto di vista delle beneficiarie può essere in senso stretto ovvero per incorporazione in funzione del fatto che le persone giuridiche siano di nuova costituzione o già esistenti.³⁶⁵

³⁶² Così MASUCCI, *Responsabilità da reato e vicende modificative*, op.cit., 136

³⁶³ Vedi CASTAGNO-STIGLIANO, op.cit., 12

³⁶⁴ Così QUINTANA, *Art. 30. Scissione dell’ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, op.cit., 831

³⁶⁵ Cfr. CASTAGNO-STIGLIANO, op.cit., 12

Dibattuta è la natura giuridica, in quanto taluno vi ravvisa una vicenda estintivo costitutiva, valorizzando la estinzione della società scindenda e il trasferimento del patrimonio a favore di una beneficiaria di nuova costituzione o già costituita. Altri, invece, valorizzano la collocazione sistematica della disciplina nel capo relativo alle vicende modificativa, talché individuerebbe un fenomeno di reciproca modificazione della struttura societaria, come parrebbe confermato dalla riforma del diritto societario del 2003, che ha modificato l'art. 2506 c.c che oggi si riferisce alla assegnazione del patrimonio e non più al trasferimento.³⁶⁶

Sotto il profilo degli effetti della scissione ai fini della responsabilità *ex crimine* il decreto n. 231 pare essere attraversato da spinte dicotomiche che manifestano una potenziale frizione. Ora, l'art. 42, stante la portata di disposizione di carattere generale delle vicende modificative che trascende il ristretto ambito della scissione assurgendo a principio generale della materia *de quo*, indica come effetto naturale della scissione che l'ente beneficiario sia da considerare come l'unico o il principale soggetto del procedimento, contrapponendosi l'ente scisso quale 'originario responsabile' e l'ente beneficiario quale 'attuale responsabile'.³⁶⁷

Tale ordine sistematico, che segue la *ratio* della disciplina delle vicende modificative nella contrapposizione tra ente originario ed ente attualmente responsabile, viene alterato dall'art. 30, norma *ad hoc* per la disciplina degli effetti della scissione. Si tratta di una disposizione che sembra ripartire la responsabilità tra ente scisso ed ente beneficiario secondo i contenuti potenziali della condanna, in quanto individua una responsabilità solidale tra essi per le sanzioni pecuniarie, mentre ai fini delle sanzioni interdittive occorrerebbe stabilire se permanga o meno in capo all'ente scindendo la

³⁶⁶ Vedi QUINTANA, *op.ult.cit.*, 832

³⁶⁷ In tal senso MASUCCI, *Ratio e sistema dell'illecito (para)penale dell'ente modificato*, *op.cit.*, 192

titolarità della struttura o dell'attività ove è stato commesso il reato.³⁶⁸ A conferma si pone il comma terzo dell'art. 30 il quale riferisce la sanzione interdittiva all'ente attualmente titolare del ramo di attività in cui il reato è stato commesso, esprimendo la volontà di colpire la *societas* presso cui si rinviene la lacuna strutturale o organizzativa che abbia causato il reato.³⁶⁹ Ora, il primo comma della disposizione in analisi può favorire una soluzione esegetica di tipo formalistico in base a cui l'ente scisso è il soggetto responsabile, mentre gli effetti della sanzione si dirigono verso l'ente beneficiario, in quanto il ramo di attività costituirebbe l'oggetto su cui ricade la sanzione. Sicché, l'ente originario continuerebbe ad essere responsabile, ma si tratterebbe di una responsabilità priva di contenuto, con una scissione tra responsabilità e sanzione che rende insensato l'addebito mosso all'ente.³⁷⁰ Sarebbe una soluzione irragionevole in quanto priverebbe la responsabilità del suo momento tipico costituito dalla risposta punitiva nei confronti del soggetto responsabile, rendendola disfunzionale.

In realtà, più che alla lettera della disposizione secondo cui 'resta ferma la responsabilità dell'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla scissione', occorre volgere l'attenzione alla clausola di salvezza prevista dal comma 3. Tale disposizione detta una regola che non vale solo per le ipotesi di scissione totale in contrapposizione alla scissione parziale regolata dal comma 1, ma disciplina la sorte delle sanzioni interdittive le quali gravano sempre nei confronti dell'ente presso cui è rimasto o è stato trasferito il ramo di attività teatro della vicenda criminosa, coerentemente con l'art. 14 a mente

³⁶⁸ Cfr. MASUCCI, *Responsabilità da reato e vicende modificative*, *op.cit.*, 137

³⁶⁹ Vedi FIORELLA, *Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive*, in *Responsabilità degli enti per reati commessi nel loro interesse. Atti del Convegno di Roma 30 novembre 1 dicembre 2001*, supplemento al fasc. 6/2003 *Cass.pen.*, 75 ss.

³⁷⁰ MASUCCI, *Responsabilità da reato e vicende modificative*, *op.cit.*, 138

di cui le sanzioni interdittive hanno ad oggetto la specifica attività cui si riferisce l'illecito della persona collettiva.³⁷¹

Di talché, nella scissione la titolarità, originaria o sopravvenuta, del ramo di azienda diviene il criterio che governa l'addebito di responsabilità per le sanzioni interdittive, in quanto individua quell'indice di continuità sostanziale che giustifica la applicazione ed il trasferimento eventuale della sanzione. Dovendosi, peraltro, ricordare che per le sanzioni pecuniarie ricorre una responsabilità concorrente di tipo solidale tra ente scisso ed ente sopravvenuto.³⁷²

9.4.1 La funzione del criterio della “cessione del ramo di attività” nell'accertamento della continuità dell'ente

Da quanto sopra detto emerge come il legislatore abbia inteso individuare nella ‘cessione del ramo di attività’ un criterio di ascrizione della responsabilità in caso di scissione, da cui si impone la necessità di tracciare gli esatti confini di tale nozione essenziali per la trasmissione della responsabilità.

Operazione ermeneutica aggravata dalle ambigue scelte legislative, in quanto al ramo di attività di cui all'art. 30, che evoca l'ambito nel quale il reato si è commesso, fa da contraltare la ‘specifica attività’ di cui all'art. 14 che evoca, di contro, il significato di parte del patrimonio trasferito in sede di scissione.³⁷³ Né soccorre la Relazione ministeriale nella quale si evince

³⁷¹ Vedi QUINTANA, *op.ult.cit.*, 836

³⁷² Così MASUCCI, *Ratio e sistema dell'illecito (para)penale dell'ente modificato*, *op.cit.*, 193

³⁷³ Cfr. SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, 2002, 174

come la formula ‘ramo di attività’ identifichi un ‘*campo oggettivo di esercizio economico*’, senza che, tuttavia, tale approdo sia soddisfacente di un significato comune e spendibile in tutta la disciplina.³⁷⁴

Una parte della dottrina³⁷⁵ ha sostenuto la opportunità di un rinvio alla fattispecie di cui all’art. 2203, c.2, c.c che si riferisce al ‘ramo particolare d’impresa’ quale ambito della predisposizione institoria, da cui deriva la nozione di ramo di attività come parte della attività imprenditoriale avente un oggetto specifico e con un rilevante grado di autonomia gestionale, organizzativa e contabile.

Altra parte della dottrina³⁷⁶ ha sovrapposto la nozione di ramo di attività e ramo di azienda sul presupposto della strumentalità dell’azienda all’esercizio di una particolare attività, sovrapposizione che si scontra, tuttavia, con la autonoma disciplina riservata alla cessione del ramo di azienda di cui all’art. 32.

Di talché, il decreto n.231 mostra di accedere ad una nozione autonoma di ramo di attività la quale deve essere affrancata da una impronta oggettiva, come dimostra la speciale disciplina dedicata ad essa rispetto alla cessione del ramo di azienda, tale da imporre uno sforzo ricostruttivo nel senso del superamento di una nozione oggettiva.

Ed in tal senso attenta dottrina³⁷⁷ ha individuato un nesso di continuità tra gli enti coinvolti in una operazione modificativa nella continuità dei titolari dei poteri di gestione e controllo nell’ente risultante dalle vicende in analisi. La conservazione di tali poteri in capo al soggetto o i soggetti che abbiano realizzato o omesso di impedire il reato identifica una sostanziale continuità

³⁷⁴ Così MASUCCI, *Ratio e sistema (para) penale dell’illecito dell’ente modificato*, *op.cit.*, 195

³⁷⁵ Vedi CASTAGNO-STIGLIANO, *op.cit.*, 13

³⁷⁶ Vedi NAPOLEONI, *Le vicende modificative: trasformazione, fusione, scissione e responsabilità degli enti*, in *Resp.amm.soc.ent*, 2007, 353

³⁷⁷ Vedi MASUCCI, *Responsabilità da reato e vicende modificative*, *op.cit.*, 140

nella composizione organizzativa che qualifica la permanenza presso l'ente modificato di un disvalore tale da giustificare la *perpetuatio* della sanzione. Depone in questo senso la circostanza che si tratta di una responsabilità che, ancorché autonoma, è dipendente dal reato, sicché dovrebbe conseguire ad una azione imputabile a soggetti che per la posizione o le funzioni esprimano una carenza organizzativa o nell'esercizio dei poteri di vertice tali da integrare una lacuna organizzativa non colmata dall'ente originario.³⁷⁸

Ora, pare utile ai fini della esatta intelligenza della nozione di 'ramo di attività' il rinvio all'art. 21, ove il legislatore nel disciplinare la reiterazione fa riferimento alla pluralità di illeciti realizzati con la medesima attività, dove quest'ultima va interpretata in senso equivalente alla unicità della condotta criminosa. Sicché, a tale corrispondenza di significato corrisponde una equivalenza nei criteri di accertamento, che con riferimento alla condotta criminosa, al fine di sciogliere l'alternativa tra unità e pluralità di comportamenti, si identificano in criteri di stampo non oggettivo, che potrebbero consistere nella identità del gruppo di comando cui è riconducibile la decisione collettiva sull'azione dell'ente.³⁷⁹

9.4.2 Il criterio della 'titolarità attuale del ramo' e la possibile estensione alle fattispecie della trasformazione e della fusione.

La individuazione del criterio della 'titolarità attuale del ramo di azienda', quale criterio ascrittivo di responsabilità che guarda alla componente

³⁷⁸ Vedi DI CARLO, *Le vicende modificative*, in *La responsabilità amministrativa degli. Atti del Convegno LUISS Guido Carli*, SEVERINO-FONTANA (a cura di), Roma, 2003, 84

³⁷⁹ In tal senso MASUCCI, *Ratio e sistema dell'illecito (para)penale dell'ente modificato*, *op.cit.*, 198-199

personale dell'ente in caso di fusione, impone di interrogarsi sulla sua portata applicativa, se particolare o di contro generale e come tale estendibile alle vicende della trasformazione e della fusione. Ed è soprattutto con riferimento alla prima che si pone il problema di individuare un indice di continuità a fronte di un regime normativo che pare non valorizzare tale momento, mentre per la fusione il legislatore sembra ritenere la questione non rilevante.³⁸⁰

Verso una soluzione affermativa depongono numerose considerazioni di carattere sistematico che inducono a prediligere una ricostruzione unitaria. Orbene, dinnanzi a vicende che, pur nelle descritte peculiarità, sono accomunate dal tratto unitario del carattere modificativo, sarebbe irrazionale circoscrivere alla sola scissione un tale criterio che certamente pare dirigersi nel senso di assicurare una continuità nell'azione meritevole dell'intervento sanzionatorio.

Né in senso contrario pare porsi il silenzio legislativo sul punto, che potrebbe essere ragionevolmente attribuito al fatto che la trasformazione, incidendo su forma e disciplina giuridica dell'ente, comporti la continuazione nell'esercizio di una certa attività, così come per la fusione fondata sulla sull'aggregazione di preesistenti strutture economiche e gestionali.³⁸¹

9.5 La cessione d'azienda: la responsabilità “sussidiaria” del cedente

Ultima tra le vicende modificative disciplinata dal legislatore, la cessione d'azienda presenta la peculiarità di non comportare alcuna modifica

³⁸⁰ Vedi MASUCCI, *Ratio e sistema dell'illecito (para)penale dell'ente modificato*, *op.cit.* 199-200

³⁸¹ Così MASUCCI, *op.ult.cit.*, 201

strutturale degli enti, identificando piuttosto il trasferimento del controllo di una organizzazione collettiva tra il cedente ed il cessionario. Peculiarità che ha ispirato una regolamentazione normativa che contemperi le istanze di tutela dei soggetti coinvolti nell'operazione e dei traffici commerciali.³⁸² Sicché, viene in rilievo una vicenda dai contorni oggettivi, in quanto non si tratta di estendere la responsabilità ad un ente modificato qualora presenti una continuità con l'ente precedente, ma della cessione di un patrimonio dell'ente privato di beni e rapporti giuridici strumentali alla commissione del fatto di reato. Sicché, la cessione rileva ai fini della disciplina punitiva come effetto e non come atto, in quanto si tratta di una ipotesi di successione a titolo particolare che non incide sulla identità e sulla responsabilità del cedente.³⁸³

In conseguenza di questa peculiare strutturazione della vicenda e in coerenza con il volto personalistico che qualifica la dimensione della punibilità nella disciplina delle vicende modificative dell'ente, il legislatore ha inteso affermare la responsabilità del cedente quale autore della condotta criminosa, che rimane destinatario esclusivo delle sanzioni diverse da quella pecuniaria per la quale si qualifica quale obbligato principale.

Sicché, il legislatore ha valorizzato la componente personale di rimproverabilità al cessionario cui gravano le sanzioni più marcatamente punitive, mentre ha ripartito la sanzione pecuniaria che si iscrive in un paradigma di responsabilità patrimoniale secondo la logica della sussidiarietà.

Ed infatti, ha subordinato la applicazione di tale regime non solo al presupposto che il trasferimento abbia avuto ad oggetto una azienda ove sia

³⁸² Per una ampia panoramica del relativo regime PRESCIANI, *Cessione di azienda e responsabilità del cessionario per debiti fisiologici e patologici: disciplina codicistica e normative speciali*, in *Riv.dir.banc.*, 2007, 777 ss.

³⁸³ Vedi CASTAGNO-STIGLIANO, *op.cit.*, 16

stato commesso l'illecito penale, ma soprattutto alla previa escussione del patrimonio dell'ente cessionario. Si tratta di una previsione che insieme al limite quantitativo del valore dell'azienda ceduta alla pretesa verso il cessionario, esprime la logica 'civilistica' e l'ottica patrimoniale della disciplina in analisi.

Di talché, il cedente, in quanto autore del fatto illecito rimane responsabile per le altre sanzioni in quanto espressivo di quel disvalore che merita la punizione, mentre rimane obbligato in via sussidiaria beneficiando del 'beneficium excussionis' a conferma della dimensione oggettiva della disciplina dell'obbligazione pecuniaria.

10. Le vicende estintive dell'ente nel silenzio del d.lgs. n. 231/2001

Il legislatore del decreto n. 231 pare aver dimenticato di disciplinare le vicende estintive accanto alle vicende modificative che, come si è cercato di analizzare, si inscrivono in complessi paradigmi accomunati dalla necessità di assicurare che la punibilità sia connessa a indici di continuità dell'ente modificato, come tali espressione di quel disvalore che reclama la sanzione. Analoga riflessione non si ravvisa con riferimento alla cancellazione dal registro delle imprese e al fallimento, fatti estintivi che si sviluppano secondo moduli procedimentali ed effettuali difformi e che pertanto pongono questioni diverse. Sicché, la dimensione della punibilità dell'ente interessato da queste vicende ha impegnato gli interpreti nella individuazione di

principi, propri del sistema della responsabilità *ex crimine* dell'ente e propri di altri settori, che consentano di dirimere le controversie intorno all'intervento punitivo e alla sua sorte.

10.1 La cancellazione della società dal registro delle imprese: natura costitutiva degli effetti della cancellazione alla luce della riforma del diritto societario del 2003

Le sorti del dibattito intorno alla punibilità dell'ente in seguito alla cancellazione dal registro delle imprese sono state fortemente influenzate dalla riforma del diritto societario ad opera del d. lgs. 6/2003, che ha sensibilmente inciso sulla disciplina degli effetti di tale vicenda intimamente connessi con il tema della permanenza di un addebito di responsabilità previamente formulato nei confronti della *societas*.

Prima di tale intervento normativo, la giurisprudenza civilistica era ferma nell'attribuire alla cancellazione di una società dal registro delle imprese un effetto di pubblicità meramente dichiarativa senza estinzione della medesima sino a che fossero rimasti rapporti giuridici facenti capo alla società prima della cancellazione, sì da ritenere persistente e attuale la legittimazione processuale della persona giuridica anche dopo il provvedimento di cancellazione.³⁸⁴

In tale chiaro ordine sistematico è intervenuto con effetti dirompenti il legislatore del 2003, a seguito del cui intervento la dottrina e la giurisprudenza ritengono che il provvedimento di cancellazione non abbia

³⁸⁴ Cfr. *Giurisprudenza commentata sul d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Cancellazione della società dal registro delle imprese ed estinzione dell'illecito amministrativo da reato*, curata da GARUTI-FIORIO, in *archiviopenaleweb*, 1

più efficacia meramente dichiarativa, ma costitutiva con conseguente estinzione irreversibile della società pur in presenza di rapporti non definiti.³⁸⁵ In particolare, sotto il profilo processual civilistico si tratterebbe di un fenomeno estintivo equiparabile in punto di effetti alla morte della persona fisica disciplinata dagli artt. 299 e ss c.p.c con conseguente interruzione del processo e sua eventuale riassunzione da o nei confronti degli eredi ex art. 110 cpc.³⁸⁶

Sino al 2003 si riteneva che l'effettiva estinzione della società dovesse essere riferita al momento dell'esaurimento di tutte le passività e dei rapporti giuridici sociali, in linea con la indicata natura dichiarativa della cancellazione. Sicché, il legislatore aveva evidentemente accolto un approccio sostanziale per cui ciò che rilevava era il momento in cui l'ente cessava di esistere sul piano dei rapporti giuridici e non anche quello in cui avveniva il procedimento di liquidazione che portava alla cancellazione dal registro. Con la conseguenza che la società, imputata in un procedimento e potenzialmente attinta da una sanzione pecuniaria, continuava a esistere come centro di imputazione di interessi.³⁸⁷

Di contro, la riforma del 2003 che ha collegato l'effetto estintivo alla cancellazione dal registro delle imprese ha animato un ampio dibattito, in assenza di disposizioni espresse, sul valore di tale provvedimento di cancellazione nel procedimento a carico dell'ente ed in particolare se il giudice possa incidentalmente dichiarare inefficace il provvedimento al fine di neutralizzare intenti elusivi del regime punitivo.³⁸⁸

³⁸⁵ Vedi SICIGNANO, *Gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese sulla responsabilità "da reato" dell'ente*, in *dir.pen.contemp.*, 2014, 154

³⁸⁶ In tal senso POSITANO, *L'estinzione della società per azione fra tutela del capitale e tutela del credito*, Milano, 2012, 113 ss.

³⁸⁷ NAPOLEONI, *Le vicende modificative dell'ente*, in *Reati e responsabilità degli enti*, LATTANZI, a cura di, Milano, 2010, 783 ss.

³⁸⁸ Giurisprudenza commentata, *op.cit.*, 2

Si è così valorizzato il dettato normativo che all'art. 2495 c.2, c.c., dispone che resta ferma la estinzione della società nonostante la produzione di limiti effetti ivi indicati, i quali sono connessi non alla società 'cancellata', ma ai soci nei cui confronti i creditori possono rivolgere le proprie pretese creditizie una volta avvenuta la cancellazione. Pertanto, intervenuto il provvedimento di cancellazione la società cessa di rilevare giuridicamente, tanto da attivare la responsabilità dei soci seppur nei limiti delle somme riscosse. Di talché, si afferma il principio secondo cui la cancellazione dal registro generale delle imprese comporta la generale e definitiva estinzione della società di capitali o persone anche in presenza di rapporti non definiti.³⁸⁹

10.1.1 La cancellazione come causa sopravvenuta di estinzione dell'illecito analoga alla 'morte del reo': il principio di personalità come limite alla sanzionabilità di un ente estinto

Assunto con certezza che la novella normativa del 2003 ha modificato la natura del provvedimento di cancellazione dal registro delle imprese non più meramente dichiarativo, ma costitutivo, si è discusso sugli effetti di tale modifica sulla punibilità dell'ente.

Occorre differenziare l'ipotesi in cui l'accertamento processuale e la applicazione della sanzione preceda la cancellazione dalla ipotesi in cui l'accertamento sia ad essa successivo. Nella prima eventualità la sorte delle sanzioni interdittive non può che essere regolata nel senso della loro disapplicazione, in quanto si tratta di sanzioni che limitano la attività svolta

³⁸⁹ Vedi SICIGNANO, *op.cit.*, 156

dall'ente per sollecitare una riorganizzazione che neutralizzi e superi le carenze che hanno reso possibile il reato, ed in quanto tali richiedono la attuale esistenza della persona giuridica cui imputare la prosecuzione della attività.³⁹⁰ Mentre la sorte delle sanzioni pecuniarie è regolata dagli artt. 2312 c.c e 2945, c.2, c.c, con conseguente imputazione ai soci nei limiti di quanto percepito a titolo di ripartizione dell'attivo, trattandosi non di una responsabilità atipica per fatto altrui, ma di una conseguenza esecutiva.³⁹¹ Laddove, di contro, l'accertamento processuale non precede la cancellazione dal registro, il dibattito è vivo e risente di plurimi ed eterogenei fattori. Una tesi evidenzia come l'estinzione della società non sia un processo irreversibile, in quanto laddove ricorrano i presupposti ex art. 2191 c.c, il giudice potrebbe revocare la cancellazione della società, nonché sottolinea come l'art. 2492 c.1, c.c presupponga che la cancellazione e la estinzione siano successive alla liquidazione.³⁹² Sicché, escludendo che la cancellazione dal registro delle imprese determina la definitiva estinzione della società che persiste sino a che non intervenga la liquidazione, si ammette che la sopravvivenza della pretesa punitiva.³⁹³ Tuttavia, è una tesi che si scontra con il principio personalistico che orienta verso la equiparazione tra cancellazione dell'ente e morte del reato, sicché individua una causa sopravvenuta di estinzione dell'illecito. Orbene, non pare revocabile in dubbio che la società cancellata non esista sul piano civilistico, sicché la perdurante rilevanza ai fini penali comporterebbe la applicazione di 'sanzioni non più attuabili ovvero che finirebbero per gravare, in sede esecutiva, su soggetti terzi rispetto all'ente responsabile

³⁹⁰ Vedi SFAMENI, *Responsabilità patrimoniale dell'ente*, in *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, GIARDA (a cura di), Milano 2010, 243 ss.

³⁹¹ In tal senso NAPOLEONI, *op.cit.*, 283 ss.

³⁹² Vedi SICIGNANO, *op.cit.*, 159

³⁹³ Cfr. NAPOLEONI, *Vicende modificative dell'ente*, in LATTANZI-SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Volume II. Diritto processuale*, Torino, 2020, 303-304

della violazione, con il rischio di una duplicazione di sanzioni a carico di questi ultimi'.³⁹⁴

La persistente rilevanza dell'ente ai soli fini della punibilità non consente di assolvere a nessuna delle funzioni cui sono predisposte le sanzioni, in quanto si tratta di una società che, non esistendo sul piano civilistico, non potrebbe porre in essere attività negoziale da cui l'assenza di rischio di persistenza di colpa di organizzazione che imporrebbe l'intervento punitivo.³⁹⁵

Le sanzioni interdittive sono così precluse in quanto presuppongono la attualità dell'ente ed in quanto dirette a favorire il recupero dell'ente al circuito della legalità, divenendo inattuabili. Mentre le sanzioni pecuniarie sono essenzialmente dirette a colpire l'ente, privandolo della sua disponibilità economica, sicché assolvono la loro funzione solo se hanno come destinatario l'ente e non anche i singoli soci, che sarebbero terzi.³⁹⁶ Né il giudice penale può disapplicare il provvedimento di cancellazione in quanto a tale conclusione osta il principio di cui all'art. 27 Cost., per cui l'ente risponde di un fatto proprio ascrivibile a colpa di organizzazione.

Sicché, la cancellazione dal registro delle imprese determina 'l'uscita di scena' della persona giuridica dal mondo del diritto, analogamente alla morte del reato, sì da assumere significato di estinzione dell'illecito o della sanzione a seconda se interviene prima o successivamente all'intervenuta condanna.³⁹⁷

10.1.2 Le ragioni della mancata estensione della disciplina prevista dagli artt. 28 e ss. alla vicenda estintiva

³⁹⁴ Giurisprudenza commentata, *op.cit.*, 2

³⁹⁵ Vedi SFAMENI, *op.cit.*, 243 ss.

³⁹⁶ Cfr. SICIGNANO, *op.cit.*, 157

³⁹⁷ Vedi NAPOLEONI, *op.cit.*, 415

La equiparazione tra ‘morte del reo’ e ‘cancellazione dal registro delle imprese’ si fonda ulteriormente sul silenzio del legislatore del decreto n. 231 sulla liquidazione e cancellazione nonostante i profili di vicinanza con la disciplina delle fattispecie modificative. In applicazione del principio interpretativo ‘*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*’, il silenzio del legislatore sul punto va inteso come significativo della volontà di non trattare le ipotesi in analisi alla stregua di vicende successorie che, alla luce del criterio della continuità di azione, giustificano la attualità del momento e della dimensione della punibilità.³⁹⁸

Né sarebbe possibile estendere analogicamente le norme sulle vicende modificative, in quanto si tratterebbe di una estensione analogica sfavorevole, cui osterebbe il principio personalistico di cui all’art. 27 c.1, d. lgs. n. 231, a mente di cui della obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde solo l’ente con il suo patrimonio e non anche i soci, che sarebbero terzi rispetto all’illecito proprio della *societas*.

10.2 La responsabilità da reato dell’ente e il fallimento

Il tema dei rapporti tra responsabilità *ex crimine* dell’ente e fallimento è certamente di grande attualità, in quanto il suo intervento in pendenza di giudizio o a giudizio già definito costituisce un fenomeno statisticamente ricorrente. Tra, l’altro, si riscontra l’incidenza del processo sullo stato di

³⁹⁸ Cfr. NAPOLEONI, *op.cit.*, 283 ss.

insolvenza della *societas*, la quale può essere ‘colpita’ da sanzioni o misure cautelari interdittive reali, nonché dal costo mediatico dello stesso.³⁹⁹ Nonostante tale rilevanza pratica il legislatore ha taciuto sul punto omettendo di prevedere che costituisca una causa di non punibilità in senso lato che comunque incida sulla pretesa punitiva statutale. Tale silenzio ha stimolato un ampio dibattito sulla sorte della punibilità dell’ente in costanza di fallimento, dibattito che si è sviluppato diversamente rispetto alla cancellazione dal registro delle imprese, che solo per esigenze di semplificazione metodologica viene ricondotta al fallimento nell’ambito delle vicende estintive, pur essendo solo un fatto potenzialmente ma non attualmente estintivo.

10.2.1 La esclusione di effetti estintivi della fattispecie fallimentare: le ragioni ostative alla equiparazione del fallimento alla “morte del reo”; in particolare, il privilegio a favore dello Stato previsto dall’art. 27 c.2

Se la natura costitutiva riconosciuta dal legislatore del 2003 al provvedimento di cancellazione dal registro delle imprese depone nel senso della applicabilità a tale fattispecie del disposto dell’art. 150 c.p, altrettanto non può dirsi per il fallimento, che non produce l’estinzione della società la quale non cessa di esistere sul piano giuridico.

³⁹⁹ Vedi GIARDA, *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell’ente*, in *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, op.cit., 230

In tal senso soccorrono numerosi indici normativi come la conservazione della proprietà dei suoi beni in capo alla società fallita, priva solo della loro amministrazione e della loro gestione, nonché la possibilità che la gestione fallimentare si traduca nella dissoluzione dello stato di insolvenza.⁴⁰⁰ Pertanto, la persona giuridica dichiarata fallita continua ad esistere ed operare, ad essere parte di rapporti giuridici, sicché non si può attribuire al fallimento valore di fatto estintivo che per definizione richiede “l’uscita di scena” dell’ente dal mondo delle relazioni giuridiche.

L’impossibilità di ricondurre ad unità la cancellazione dal registro ed il fallimento, il quale non costituisce un fatto estintivo, spiega la esclusione della estensione analogica alla società fallita della disciplina ex art. 150 c.p sulla morte del reo, la quale attiverebbe la applicazione delle norme di cui agli artt. 34 e 35 d. lgs. n. 231/2001, rendendo applicabile l’art. 69 c.p.p.

Si oppone, in primo luogo, il principio di tassatività delle cause estinzione dell’illecito da reato dell’ente,⁴⁰¹ il quale va letto nel senso che può essere ricollegato effetto estintivo o alle vicende che interessano l’ente che si qualificano per un criterio di identità strutturale con fattispecie penalistiche ovvero alle cause di estinzione espressamente previste e disciplinate dal decreto n. 231.

Occorre, inoltre, valorizzare la *ratio* dell’art. 150 c.p, la quale si lascia individuare “*nella diseconomicità di celebrare un processo nei confronti di una persona fisica non più esistente, alla quale non potrebbe essere applicata una pena; differentemente il fallimento, non determinando l’estinzione della persona giuridica, può essere assimilato alla situazione di un malato grave, la cui è altamente probabile, ma non certa nel se e nel*

⁴⁰⁰ Vedi CAPOTI, *Responsabilità dell’ente e fallimento*, in BORSARI (a cura di), *op.cit.*, 151

⁴⁰¹ Cfr. I. GUERINI, *Il fallimento della società non determina l’estinzione della sanzione a carico dell’ente. Il commento*, in *Dir.pen.proc.*, 2013, 948

quando”.⁴⁰² Di talché, nel fallimento si rintraccia una mera situazione di potenziale estinzione la quale è, pertanto, inidonea ad attivare la disciplina della morte del reo, che richiede una morte attuale e non potenziale.

Ove tra l’altro si consideri che la società sotto curatela fallimentare potrebbe tornare *in bonis*, si rafforzano le ragioni ostative alla riconduzione alla fattispecie di cui all’art. 150 c.p, la quale si giustifica certamente come causa estintiva in funzione del principio del tendenziale finalismo rieducativo mentre non potrebbe assolvere ad alcuna funzione rieducativa la sanzione verso un soggetto deceduto, nonché in funzione del principio del contraddittorio che preclude alla celebrazione del processo in assenza di una delle parti del rapporto processuale.⁴⁰³ Tali condizioni non ricorrono nell’ente dichiarato fallito, il quale continua ad essere parte di rapporti giuridici e come tale parte processuale, nonché può essere astrattamente destinatario di una sanzione che lo recuperi al circuito della legalità.

Del resto, le sanzioni previste dalla disciplina punitiva del 2001 sono eseguibili nei confronti della società fallita, in quanto lo Stato fa valere la propria pretesa creditoria per il pagamento della sanzione pecuniaria conseguente all’illecito dipendente da reato insinuandosi al passivo analogamente a quanto avviene per le sanzioni amministrative pecuniarie.⁴⁰⁴

E per di più, si tratta di un credito assistito da privilegio speciale ai sensi dell’art. 27 c.2, il che è significativo della circostanza che il legislatore abbia immaginato la possibilità di un concorso di crediti da far valere nell’ambito di una procedura esecutiva concorsuale.⁴⁰⁵ Tale disposizione non avrebbe

⁴⁰² Così CHIARAVIGLIO, *Responsabilità da reato della persona giuridica e fallimento della società: un rapporto problematico. Brevi note a Cass.pen., sez. V, sent. 26 settembre 2012 (ud)-15 novembre 2012 (dep.) n. 44824*, in www.penalecontemporaneo.it

⁴⁰³ Vedi STORTONI, *Estinzione del reato e della pena* (voce), in *Dig.disc.pen., Vol. IV*, Torino, 1990, 358

⁴⁰⁴ In tal senso STAMPANONI BASSI, *Morte della persona fisica e fallimento della società: le due situazioni non sono assimilabili*, in *giurisprudenzapenale.it*, 2013, 5

⁴⁰⁵ Cfr. BASSI-EPIDENDIO, *op.cit.*, 108

marginari di applicazione qualora la dichiarazione di fallimento estinguesse l'illecito dell'ente ovvero la sanzione pecuniaria già inflitta all'ente.⁴⁰⁶ Né assume rilevanza il rischio di impossibilità di recuperare il credito per incapacità dell'attivo in ragione del principio della obbligatorietà dell'azione penale.⁴⁰⁷

Di talché, la mancata disciplina della vicenda in esame tra le vicende modificative di cui al d. lgs. n. 231/2001 non costituisce una lacuna normativa, quanto piuttosto espressiva della circostanza che il legislatore ha considerato irrilevante un tale evento ai fini della applicazione della sanzione, poiché si tratta del medesimo ente il quale è solo sottoposto ad una procedura fallimentare.⁴⁰⁸ Medesimo ente che risponde della sanzione pecuniaria con il suo patrimonio.

10.2.2 L'inoperatività del divieto di trasmissibilità delle sanzioni agli eredi

La società fallita, alla luce di quanto prima detto, continua ad esistere ed operare sul piano dei rapporti giuridici, seppur soggetta ad una peculiare procedura che certamente impone limiti che orientano la attività dell'ente, il quale è privato della amministrazione e gestione dei propri beni. Tuttavia, la nomina di un curatore fallimentare e la sottoposizione alla procedura concorsuale non incidono sulla identità della società, il cui patrimonio permane unico destinatario delle pretese creditizie.

⁴⁰⁶ Vedi CAPOTI, *op.cit.*, 153

⁴⁰⁷ *Ibidem*

⁴⁰⁸ In tal senso CHIARAVIGLIO, *op.cit.*, 3

Il fallimento, di tal guisa, non identifica una persona giuridica nuova, non essendo dotato di personalità giuridica autonoma,⁴⁰⁹ ma costituisce una particolare modalità gestoria che si impone in ragione di evidenti disfunzionalità nella attività dell'ente che reclamano un intervento correttivo statutale a tutela delle ragioni dei creditori e del recupero della solvibilità della società.

Sicché, non si verifica alcun fenomeno successorio che attivi la previsione di cui all'art. 7, l. n. 689/1981, la quale pone il divieto di trasmissione delle sanzioni amministrative pecuniaria a carico degli eredi. L'ente fallito non è in rapporto di alterità con l'ente antecedente alla dichiarazione di fallimento, ma si tratta del medesimo ente che rimane proprietario dei suoi beni con propri organi sociali che rimangono in carica durante la procedura.⁴¹⁰

Ad ulteriore conferma si pone la giurisprudenza di legittimità civilistica, secondo cui in caso di sanzioni amministrative per pregresse violazioni dell'imprenditore fallito l'ente impositore può determinarne l'ammontare, senza poter, tuttavia, esigerne il pagamento mediante ordinanza ingiunzione di cui all'art. 18 l. 689/81, dovendo sottostare alle regole concorsuali di accertamento del credito.⁴¹¹

10.2.3 La eseguibilità della sanzione pecuniaria

⁴⁰⁹ *ibidem*

⁴¹⁰ Vedi CAPOTI, *op.cit.*, 154

⁴¹¹ Cass.Civ., 6 settembre 2007, n. 1879

Se certamente è vero che la sanzione pecuniaria è eseguibile nei confronti della società fallita mediante insinuazione nel passivo, tale principio è riferibile, tuttavia, alle sole sanzioni inflitte con sentenza con autorità di giudicato prima della dichiarazione di fallimento. Avverso la eseguibilità di un credito sanzionatorio successivo si pone il principio dell'antiorità del fatto costitutivo della obbligazione alla dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 52 l. fall,⁴¹² che non richiede, tuttavia, che entro tale limite temporale il credito sia accertato nell'*an* e nel *quantum*,⁴¹³ né si estende ai crediti prededucibili.

Sicché, parrebbe che il credito dello Stato sorto successivamente alla dichiarazione di fallimento non dovrebbe partecipare al concorso fallimentare, laddove tale credito derivi da un accertamento della responsabilità da reato dell'ente successivo al fallimento. Fallimento che, di tal guisa, non estingue l'illecito dell'ente, ma limiterebbe la eseguibilità delle sanzioni pecuniarie irrogate in un tempo successivo al suo intervento.⁴¹⁴ Tuttavia, occorre considerare come in realtà il fatto costitutivo del credito sanzionatorio non vada fissato nella sentenza di condanna definitiva, quanto piuttosto nel fatto costitutivo dell'illecito dell'ente. La sentenza di condanna assume valore dichiarativo ricognitivo di un fatto illecito commesso anteriormente alla dichiarazione di fallimento. Orbene, il credito non sorge per effetto della condanna, che si limita ad accertarne il se ed il quantum, ma il fatto generatore della obbligazione può ritenersi anteriore al fallimento e come tale soddisfacente del presupposto previsto dall'art. 52. È il fatto illecito ad attivare il bisogno e la meritevolezza della sanzione, la quale viene solo irrogata con la sentenza di condanna, ma è già con la commissione di tale

⁴¹² Vedi CAPOTI, *op.cit.*, 160

⁴¹³ In tal senso AULETTA-SALANITRO, *Diritto commerciale*, Milano, 2010, 650 ss.

⁴¹⁴ Cfr. CHIARAVIGLIO, *op.cit.*, 7

fatto che si crea quel disvalore che attiva la risposta punitiva dell'ordinamento. Né si tratta di un esito interpretativo in urto con il principio della presunzione di non colpevolezza, in quanto non guarda al 'reo' ma al fatto illecito che in una ottica civilistica costituisce certamente un fatto costitutivo, soluzione già sperimentata dal legislatore privatistico con la disciplina dell'effetto prenotativo della trascrizione della domanda giudiziale o del contratto preliminare.

11. Il versante processuale della punibilità dell'illecito dell'ente nella dimensione della c.d "contrattualizzazione della pena"

Al momento della introduzione della disciplina sostanziale dell'illecito da reato dell'ente, il legislatore ha contestualmente provveduto anche a dettare uno specifico regime processuale diretto ad affrontare le questioni che sarebbero insorte in seguito all'ingresso nel processo penale di una persona giuridica.⁴¹⁵ Regime che richiama la disciplina del processo penale in quanto si è ritenuto che la particolare afflittività dell'arsenale sanzionatorio a carico dell'ente collettivo richiedesse una più accentuato livello di tutela e di garanzie che il processo amministrativo non avrebbe potuto garantire.

In tal senso assume rilevanza la previsione di cui agli artt. 34 e 35, d. lgs. n. 231/2001, la quale contiene un rinvio alle norme del codice di procedura penale in quanto compatibili, sicché il legislatore non ha inteso ridisegnare un sistema processuale autonomo dell'ente ma si è limitato a introdurre

⁴¹⁵ Vedi SANTORIELLO, *Alcuni profili problematici della disciplina processuale in tema di definizione della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in BORSARI (a cura di), *op.cit.*, 431

specifiche disposizioni che isolassero in senso derogatorio talune fattispecie processuali.⁴¹⁶

Ad ogni modo, una tale scelta si espone al fianco di critiche in ragione dei problemi di coordinamento che si sono puntualmente manifestati. Con specifico riguardo al tema di interesse della presente tesi, diviene essenziale indagare le vicende processuali che incidono sulla dimensione della punibilità dell'ente. In particolare, si fa riferimento a quegli istituti processual penalistici che nella ottica di deflazione del contenzioso e di ragionevole durata del processo danno luogo a fenomeni di contrattualizzazione della pena. Occorre, così, volgere l'attenzione a quei riti che ricorrono allo 'sconto di pena' come moneta di scambio per una significativa rinuncia a taluni diritti di difesa a vantaggio della celerità processuale ovvero a quei riti nei quali la pena diviene oggetto di una negoziazione tra pubblico ministero ed imputato.

11.1 La presunzione di responsabilità ex art. 6 e l'applicazione delle misure cautelari interdittive

Il decreto n. 231 disegna un sistema complesso delle misure cautelari, che secondo la Relazione sono dirette a neutralizzare il pericolo di dispersione delle garanzie delle obbligazioni civili, esigenza soddisfatta dal sequestro conservativo, ovvero finalizzate a impedire che la prosecuzione dell'attività dell'ente aggravi o protragga le conseguenze del reato o ne agevoli la

⁴¹⁶ Per un ampio approfondimento sulle ragioni della scelta processual penalistica e sui rapporti con la disciplina derogatoria si veda CERESA-GASTALDO, *Procedura penale delle società. Terza edizione*, Torino 2019, 49 ss.

commissione di ulteriori, mediante il sequestro preventivo e soprattutto le sanzioni interdittive applicate in funzione cautelare.⁴¹⁷

Il regime delle misure cautelari interdittive, in particolare, è ispirato ad una logica di bilanciamento tra la necessità di assicurare effettività al sistema punitivo dell'ente e al contempo la opportunità di predisporre adeguate garanzie in una fase procedimentale ove risultano coinvolti rilevanti interessi pubblicistici.⁴¹⁸ Nella predisposizione di tale regime ha certamente influito la funzione anticipatoria della decisione cui tale misure precipuamente assolvono in quanto diretta a neutralizzare la pericolosità dell'ente, funzione anticipatoria che, unita alla particolare afflittività delle stesse, richiede un adeguato ed attento accertamento della responsabilità dell'ente.⁴¹⁹

Ora, il legislatore ha inteso rispondere a tali molteplici istanze di tutela mediante la parificazione dell'ente all'imputato con tutte le garanzie connesse ai sensi dell'art. 35, nonché mediante il richiamo ai presupposti di cui agli art. 273-274 c.p.p ai sensi dell'art. 45.

In realtà, la equiparazione che caratterizza il sottosistema processuale del decreto 231 è solo tendenziale, in quanto le numerose norme derogatorie sembrano strutturare un processo 'penale' meno garantito.⁴²⁰ Ciò pare particolarmente evidente nella disciplina recata dall'art. 45, che consente la applicazione quale misura cautelare di una delle sanzioni interdittive previste dall'art. 9, c.2, misure che vanno dalla provvisoria paralisi dell'ente a provvedimenti meno invasivi.

⁴¹⁷ Vedi CERESA-GESTALDO, *op.cit.*, 115

⁴¹⁸ In tal senso FIDELBO-SILVESTRI, *Le cautele interdittive: fisionomia e procedimento applicativo*, in LATTANZI-SEVERINO, *op.cit.*, 132

⁴¹⁹ Cfr. PERONI, *Il sistema delle cautele*, in GARUTI, (a cura di), *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 244 ss.

⁴²⁰ Per un ampio approfondimento MAZZA, *Discrezionalità dell'azione e crisi della legalità nel processo a carico degli enti*, in FIORELLA-GAITO-VALENZANO, *op.cit.*, 421 ss.

Senonché, la applicazione cautelare di una misura interdittiva pone il rischio, insopportabile in un sistema costituzionale come il nostro che conosce il divieto di anticipazione della pena, di ricondurre a tale cautela una funzione meramente anticipatoria della sanzione.⁴²¹ Rischio che è ulteriormente acuito dalla presunzione di responsabilità di cui all'art. 6 nel caso di reato commesso da apicali, in quanto l'accertamento sarebbe ulteriormente semplificato dell'inversione dell'onere probatorio che fa ricadere sull'ente il rischio di condanna in caso di accertamento deficitario. Tali rischi possono essere scongiurati, da un lato, mediante una interpretazione che tenga conto della volontà espressa dal legislatore delegato che nella Relazione chiaramente inserisce tali misure in un sistema di cautele orientato a garantire la effettività della decisione.⁴²²

11.2 La disciplina dell'archiviazione ex art. 58: l'assenza di un vaglio giudiziale

Uno dei più vistosi casi di deviazione dal modello processualpenalistico è certamente costituito dalla disciplina recata dall'art. 58 in tema di archiviazione, a mente del quale, nel caso in cui non proceda alla contestazione, è il pubblico ministero stesso che emette decreto motivato di archiviazione degli atti, comunicandolo al Procuratore generale presso la corte d'appello, e, in seguito ad un supplemento facoltativo di indagine, può contestare all'ente la violazione entro sei mesi dalla comunicazione.⁴²³ Sicché, il legislatore ha sostituito il vaglio giudiziale tipico della disciplina

⁴²¹ Vedi FIDELBO-SILVESTRI, *op.cit.*, 134

⁴²² In tal senso CERESA GASTALDO, *op.cit.*, 116-117

⁴²³ Vedi CERESA-GASTALDO, *op.cit.*, 179

della archiviazione con un controllo gerarchico interno all'ufficio del pubblico ministero, nella formazione della procura generale.

Si tratta di una soluzione in linea con la disciplina del procedimento sanzionatorio amministrativo, come se il legislatore volesse disseminare segni normativi a conferma del *nomen iuris* della responsabilità definita amministrativa, ma che contrasta con quel principio di unitarietà con il processo penale che soggiace all'art. 35. A nulla vale la ragione formalistica sostenuta nella Relazione, a fronte anche dell'ormai riconosciuta natura (para)penale o punitiva dell'illecito dell'ente,⁴²⁴ che depone insieme con la sede penale del procedimento verso un regime minimo che assicuri un filtro giudiziale alla richiesta di archiviazione.

Attualmente, non è più predicabile la natura amministrativa dell'addebito mosso a carico dell'ente, in quanto la afflittività del carico punitivo la introduce in una nozione sostanzialmente penale, che impone alla relativa disciplina un confronto con talune garanzie minime.⁴²⁵

In tale quadro si pone il problema della compatibilità della disposizione che disciplina la rinuncia all'azione penale con il principio della obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. che ammette norme legittimanti l'inazione del pubblico ministero, purchè sottoposte ad un sindacato giurisdizionale attuativo del principio di uguaglianza, nonché a presidio della legalità.⁴²⁶ Ed è stata la stessa Corte Costituzionale in più occasioni ad affermare il fondamento nei principi generali dell'ordinamento costituzionale di legalità e di uguaglianza, che richiedono non solo che l'addebito sia subordinato ad una previsione legislativa, ma anche la

⁴²⁴ Cfr. RUTA, *Art. 58. Archiviazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *op.cit.*, 1182

⁴²⁵ ALESSANDRI, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano 2002, 45

⁴²⁶ Vedi RUTA, *op.cit.*, 1184

affermazione della legalità nel procedere.⁴²⁷ Sicché, tali istanze non possono che essere soddisfatte mediante la previsione del sindacato rimesso ad un giudice terzo ed imparziale.

Il sistema introdotto con l'art. 58 è del tutto distante da tale chiaro ordine sistematico, in quanto elimina il filtro giudiziale con una tensione non superabile in via interpretativa con lo statuto costituzionale della materia penale, sostituendolo con un controllo interno che, seppur gerarchico, non garantisce quella imparzialità assicurata dal giudice e non garantisce quella interlocuzione essenziale della persona offesa privato di strumenti di tutela.⁴²⁸

In attesa di un ineludibile intervento di riforma che quanto meno predetermini i criteri che orientano nella scelta dell'esercizio dell'azione, non può revocarsi in dubbio, nel tentativo di una interpretazione correttiva costituzionalmente orientata, che anche attualmente non possono orientare la motivazione del pubblico ministero considerazioni di opportunità o costi/benefici, ma un corretto e sapiente ricorso ai principi generali dell'azione penale, seppur rimessi pur sempre ad un mero controllo interno.⁴²⁹

11.3 Il giudizio abbreviato: il vaglio di compatibilità

La legge delega non sembrava lasciare spazio per strumenti processuali incidenti sulla entità della sanzione, in quanto era chiaramente fondata sull'idea di ricollegare effetti premiali a due condizioni alternative: la

⁴²⁷ *Ibidem*, 1184

⁴²⁸ Vedi CERESA GASTALDO, *op.cit.*, 180

⁴²⁹ Cfr. RUTA, *op.cit.*, 1187-1188

particolare tenuità del fatto o l'adozione di comportamenti idonei ad assicurare un'efficace riparazione o reintegrazione dell'offesa.⁴³⁰ Ed in tal senso il legislatore delegato ha previsto coerenti riduzioni di sanzione pecuniaria all'art. 12 o cause di esclusione delle sanzioni interdittive all'art. 13.

Tuttavia, il legislatore delegato ha fornito una interpretazione molto elastica dei parametri della legge delega, soprattutto del limite del pagamento della sanzione in misura ridotta, inteso nel senso di precludere un accesso automatico al trattamento favorevole ovvero una variazione non quantitativa della sanzione.⁴³¹ In particolare, si è ritenuto che tale criterio dovesse orientare istituti modellati sulla oblazione, ma non anche istituti processuali, così come si è ritenuto che avesse natura sostanziale l'ulteriore limite reso dall'esclusività delle condotte riparatorie per ottenere uno 'sconto' sanzionatorio.⁴³²

11.3.1 I presupposti speciali negativi del rito e il presupposto ordinario della richiesta

Con una norma pleonastica l'art. 62, d.lgs. n. 231/2001, rinvia alle norme del codice di procedura penale in quanto compatibili, mentre nei casi in cui manca l'udienza preliminare richiama le disposizioni di cui agli artt. 552 c.2, 557 e 558, c.8, c.p.p, in assenza del quale rinvio non si nutrirebbe alcun dubbio circa la operatività del codice di rito stante la previsione di carattere

⁴³⁰ Cfr. CERESA-GASTALDO, *op.cit.*, 195

⁴³¹ Vedi GEMELLI, *Giudizio abbreviato*, in LATTANZI-SEVERINO (a cura di), *op.cit.*, 237-238

⁴³² Vedi CERESA-GASTALDO, *op.cit.*, 195

generale di cui all'art. 34 che opera un rinvio ad esso in quanto compatibile.⁴³³

Mentre, significativa è la preclusione prevista dal comma 4 dell'art. 62, ove si esclude che l'ente possa formulare la richiesta di abbreviato quando si procede in relazione ad un illecito da reato per il quale è prevista una sanzione interdittiva definitiva. Si tratta di un soluzione che si fonda sulla opportunità di non frustrare la esigenza di inibizione in via definitiva di enti autori di illeciti molto gravi tali da essere puniti con la estromissione definitiva dal mondo delle relazioni giuridiche.⁴³⁴ Si tratta di una disposizione che ha attirato aspre critiche in dottrina, in quanto non trovava sino al 2019 una analoga preclusione per le persone fisiche, le quali potevano accedere al rito abbreviato nonostante la commissione di un reato punito con la pena dell'ergastolo, così da indurre un accostamento tra sanzione interdittiva definitiva e pena di morte.⁴³⁵

La lettera della disposizione con il riferimento a “è prevista” non consente letture armonizzate che aprano a tentativi di mitigazione dell'asprezza di una tale previsione che sbarra l'accesso ad un rito speciale sulla base di considerazioni evidentemente ispirate a logiche general preventive e retributive. Sicché, viene intesa nel senso di precludere l'accesso al rito speciale in analisi laddove già in astratto l'ente vada punito con la interdizione perpetua, sì da mitigare la afflittività di una applicazione generalizzata.⁴³⁶ Ed il confronto con l'art. 63, c.3 che si occupa di ‘patteggiamento’ suffraga tale conclusione, in quanto in quella sede il

⁴³³ Cfr. IANNINI, *Procedimenti speciali*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *op.cit.*, 1224-1225

⁴³⁴ Vedi PRESUTTI, *I procedimenti speciali*, in PRESUTTI-BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, 374

⁴³⁵ Vedi IANNINI, *op.cit.*, 1225

⁴³⁶ Così VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrati dipendenti da reato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da UBERTIS-VOENA, Milano, 2012, 330 ss.

legislatore fa espresso riferimento ai casi in cui il giudice ritenga di dover applicare in concreto una inibitoria perpetua.⁴³⁷

Senonché, tale disposizione pone un problema di coordinamento con l'art. 17, d. lgs. n. 231/2001, il quale introduce una causa di esclusione delle sanzioni interdittive condizionata al risarcimento integrale del danno e alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose in un momento antecedente alla dichiarazione di apertura del dibattimento. Ed è proprio con riferimento al termine di apertura del dibattimento che si misurano le difficoltà di coordinamento con la disciplina del rito abbreviato, rispetto a cui ricorre una sfasatura temporale, in quanto quest'ultimo può essere richiesto fino alla discussione nell'udienza preliminare, mentre le condotte riparatorie cui si ricollega effetto di esclusione/estinzione delle sanzioni interdittive prima della dichiarazione di apertura del dibattimento.

Di talché, autorevole dottrina,⁴³⁸ per armonizzare le due previsioni che creano un cortocircuito in quanto causano una sfasatura temporale non accettabile ove si consideri che l'effetto di esclusione della interdizione sarebbe conseguibile successivamente alla riduzione (ben meno significativa) della sanzione mediante accesso al rito speciale, ritiene applicabile in via estensiva la previsione di cui all'art. 65, che abilita alla sospensione del procedimento di primo grado al fine di consentire le attività riparatorie dell'ente, purché lo stesso dimostri di essere stato impossibilitato ad eseguirle in precedenza.

Accanto a queste disposizioni speciali, il legislatore non ha dettato ulteriori previsioni derogatorie, sicché il rito segue la normale disciplina processual penalistica. La richiesta va presentata dal rappresentante legale dell'ente fino alle conclusioni nell'udienza preliminare per iscritto oppure oralmente. Né

⁴³⁷ In tal senso GEMELLI, *op.cit.*, 239-240

⁴³⁸ Vedi GEMELLI, *op.cit.*, 241

può ritenersi che sia legittimato a proporre richiesta il difensore, in quanto, se è vero che l'art. 39 c.4, decreto n. 231, dispone che l'ente costituito sia rappresentato dal suo difensore, tale disciplina va coordinata con l'art. 100 c.p.p, il cui comma 4 individua come limite all'attività del difensore le attività che la legge riserva alla parte, tra cui rientra la richiesta di rito abbreviato.⁴³⁹

11.3.2 Il controllo del giudice

La richiesta di accesso al rito abbreviato, secondo quanto prevede il codice di rito può essere secca o condizionata e a seconda della sua natura varia il sindacato operato dal giudice.

Nella ipotesi di 'abbreviato secco' non è riconosciuto alcun potere discrezionale all'autorità giudiziaria tenuta ad ammettere l'ente a tale rito, ove siano soddisfatti i presupposti legalmente previsti e nello specifico che la istanza si presentata da soggetto legittimato, che sia manifestazione di una scelta volontaria e che non sussista alcuna preclusione ai sensi dell'art. 64 c.4, divergendo in tal senso dalla disciplina prevista per la persona fisica dinnanzi alla cui istanza di accesso a tale rito il giudice è tenuto alla ammissione in via automatica.⁴⁴⁰

Nel caso di abbreviato condizionato all'integrazione probatoria, la istanza di accesso dovrà essere valutata in funzione della necessità di acquisizione degli elementi probatori richiesti alla luce anche delle ragioni di economia processuale.⁴⁴¹ In tale ipotesi, pertanto, si riconosce un sindacato penetrante

⁴³⁹ Vedi IANNINI, *op.cit.*, 1227

⁴⁴⁰ Così GEMELLI, *op.cit.*, 242

⁴⁴¹ CERESA-GASTALDO, *op.cit.*, 197-198

del giudice, il quale deve fornire una valutazione che entri nel merito delle richieste probatorie e della compatibilità con le esigenze di economia processuale.

11.3.3 Possibili rimedi avverso il rigetto della richiesta

Dinnanzi alla istanza di ammissione al rito abbreviato il giudice potrebbe disporre una ordinanza di rigetto non solo per la mancanza dei presupposti prima indicati, ma anche all'esito di una prognosi in sede di delibazione sull'ammissibilità. Laddove tale prognosi sia smentita dalla istruttoria dibattimentale si estende il rimedio previsto per il caso analogo che coinvolge l'imputato, ossia la riduzione della riduzione di un terzo della sanzione, sia essa pecuniaria o interdittiva, non ricorrendo ragioni per diversificare il trattamento di due imputati in ragione del fatto che siano persone fisiche o giuridiche.⁴⁴²

Non si rintracciano limiti alla reiterabilità della richiesta rigettata in sede di udienza preliminare dinnanzi al giudice del dibattimento, che qualora ritenga sussistenti i presupposti, potrà procedere con il rito richiesto in accoglimento della istanza, anche laddove il precedente rigetto sia stato motivato sulla base del limite della sanzione interdittiva.⁴⁴³ In particolare, le garanzie previste dagli artt. 3, 24 comma 2 e 25 comma 2 Cost., impongono al giudice del dibattimento, dinnanzi a cui la richiesta sia reiterata o formulata per la prima volta nelle ipotesi di giudizio direttissimo o citazione diretto, il quale abbia

⁴⁴² In tal senso CERESA-GASTALDO, *op.cit.*, 198

⁴⁴³ Vedi IANNINI, *op.cit.*, 1228

accertato la erroneità della reiezione della istanza, di procedere alla riduzione di pena prevista per l'abbreviato.⁴⁴⁴

11.4 L'applicazione della sanzione su richiesta: il campo elettivo delle sanzioni pecuniarie

I medesimi dubbi espressi in precedenza circa i limiti contenuti nella legge delega avverso la previsione del rito abbreviato a favore dell'ente si ripropongono in tema di conferimento ad esso della facoltà di 'patteggiare' la sanzione, in quanto la logica premiale che ispira la volontà parlamentare sembra costruita intorno alla effettiva e concreta realizzazione di condotte riparatorie o restitutorie quale 'prezzo' per ottenere il vantaggio sanzionatorio.⁴⁴⁵ Dubbi che vengono superati alla luce di considerazioni connesse alla tutela e massimizzazione delle esigenze di semplificazione che depongono verso forme di contrattualizzazione della sanzione.

Il regime del 'patteggiamento' dell'ente è fissato dall'art. 63, mediante una regola generale di esclusione e l'ammissione del rito in tre determinate e distinte ipotesi. In particolare, le sanzioni interdittive perpetue costituiscono una condizione ostativa, la quale, tuttavia, viene declinata in tale fattispecie con una ridotta carica 'afflittiva', in quanto si fa riferimento alle ipotesi in cui sia il giudice a ritenere di applicare una tale sanzione e non anche, come avviene per l'abbreviato, alle ipotesi di previsione in astratto.⁴⁴⁶ Sicché, con una scelta che consente di valorizzare le istanze di garanzia sottese al

⁴⁴⁴ Cass., SS. UU., 27 ottobre 2004, in *www.dejure.it*

⁴⁴⁵ Vedi MOSCARINI, *Applicazioni delle sanzioni su richiesta e procedimento per decreto*, in LATTANZI-SEVERINO, *op.cit.*, 245-246

⁴⁴⁶ Vedi CERESA-GASTALDO, *op.cit.*, 201

principio di offensività, il legislatore delega al sindacato giudiziario il compito di applicare il filtro della inibizione perpetua della persona giuridica.

Il legislatore, inoltre, richiede che il procedimento a carico dell'imputato persona fisica, autore del reato presupposto, sia definito o definibile con patteggiamento, e che per l'illecito ascrivibile all'ente sia prevista la sola sanzione pecuniaria.⁴⁴⁷

Sicché, il decreto n. 231 ha inteso individuare plurimi presupposti cumulativi per la negoziabilità della sanzione a carico dell'ente, negoziabilità che si riferisce alla sanzione pecuniaria. Ed è una soluzione che si iscrive in un indirizzo normativo seguito costantemente dal decreto n. 231, ove il regime delle sanzioni interdittive è certamente maggiormente ispirato al principio di personalità, mentre le sanzioni pecuniarie sopravvivono anche a vicende modificative dell'ente.

11.4.1 Il rapporto con il corrispondente istituto ex art. 444 c.p.p

Seppur il legislatore ha introdotto delle peculiari regole che tengono conto degli indici di esclusività dell'imputato ente il cui sistema di punibilità incide sulla disciplina dei presupposti di tale rito, il procedimento ex art. 63, salva la previsione del comma 3, pare modellato sul corrispondente istituto previsto dal codice di rito, ponendo il problema del valore ai fini della responsabilità dell'ente della riforma del 2003.

⁴⁴⁷ Cfr. IANNINI, *op.cit.*, 1232-1233

In particolare, ci si è interrogati sulla natura del rinvio all'art. 444 c.p.p, ossia se fisso ed in quanto tale non riferibile alla novella ovvero mobile e in quanto tale assorbente ogni nuova modifica, tradendo, tuttavia, la posizione contraria alla più favorevole disciplina del 2003 una certa ritrosia ad introdurre l'ente collettivo in meccanismi premiali.⁴⁴⁸ Sicché, la identità di regime e la presenza del rinvio depongono inequivocabilmente nel senso della costante comunicazione tra disciplina codicistica ed ex decreto 231 del patteggiamento.

Sempre in tale ottica di connessione con il codice di rito, non risulta agevole la esatta intelligenza del requisito della definibilità mediante soluzione patteggiata anche della posizione della persona fisica, allorché quest'ultima non abbia fatto ricorso a questo rito speciale ovvero se si tratti di due procedimenti autonomi o separati. Il giudice, infatti, è tenuto a svolgere incidentalmente un giudizio prognostico di tipo controfattuale, ipotizzando come formulata una richiesta di patteggiamento, in realtà non presentata, da parte della persona fisica, in un diverso procedimento, di cui dovrà predire il possibile esito positivo.⁴⁴⁹

Si tratta, tra l'altro, di un giudizio difforme da quello che il giudice è tenuto a compiere nei casi di applicazione postuma della pena patteggiata, qualora il giudice della impugnazione o del dibattimento ritenga infondato il dissenso espresso dal pubblico ministero o il rigetto del precedente decidente, in quanto in quest'ultimo caso non si tratta di un giudizio di tipo probabilistico, ma di un sindacato di fondatezza di un atto.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ Vedi RICCARDI, *Il patteggiamento dell'ente, tra equivoci interpretativi e profili di abnormità*, in *giurisprudenzapenale.it*

⁴⁴⁹ Cfr. MOSCARINI, *op.cit.*, 253

⁴⁵⁰ In tal senso MARCOLINI, *sub art. 63*, in CADOPPI-GARUTI-VENEZIANI, *op.cit.*, 639

11.4.2 Il silenzio del legislatore sugli effetti premiali

Il mancato coordinamento tra il modello codicistico e la disciplina ex art. 63, d. lgs. n. 231/2001, si ripercuote significativamente sugli effetti premiali a favore della *societas* in caso di omologazione dell'accordo, in quanto molti benefici previsti per la persona fisica non trovano corrispondenza per l'ente collettivo.⁴⁵¹ Se tale difformità era giustificabile alla luce della diversa natura delle sanzioni di cui erano destinatari ente e persona fisica, oggi la acquisita natura punitiva entra in tensione con un tale assetto.⁴⁵²

Non trova applicazione a favore dell'ente la disciplina di cui al comma 3 dell'art. 444 c.p.p, che facoltizza l'imputato che formula richiesta di patteggiamento di subordinarne l'efficacia alla sospensione condizionale della eventuale pena ridotta d'accordo con la pubblica accusa. Infatti, si tratta di una disposizione che attiene al trattamento sostanziale del reo persona fisica e come tale non può intendersi richiamato per regolare le conseguenze sanzionatorie della responsabilità della persona giuridica in assenza di una espressa previsione di legge, né assumendo significato in tal senso il generico rinvio contenuto negli artt. 34 e 35, d. lgs. n. 231/2001.⁴⁵³

Non risulta applicabile a favore dell'ente la disciplina di cui all'art. 445, c.1, c.p.p, a norma di cui, nel caso in cui la pena irrogata in esito al patteggiamento non sia superiore ai due anni, sono escluse pene accessorie e misure di sicurezza diversa dalla confisca. A sostegno di tale conclusione soccorre la considerazione che la disciplina della responsabilità *ex crimine* dell'ente individui un sistema sanzionatorio trinario ove si prevedono le

⁴⁵¹ Vedi CERESA-GASTALDO, *op.cit.*, 206

⁴⁵² In tal senso MOSCARINI, *op.cit.*, 254

⁴⁵³ Cfr. PAOLOZZI, *Vademecum per gli enti sottoprocesso. Addebiti 'amministrativi' da reato (Dal d. lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, 2006, 202

sanzioni pecuniarie, le sanzioni interdittive e la confisca, senza che tra di esse ricorra un rapporto principale-accessorio.⁴⁵⁴

Con specifico riferimento alla confisca, si tratta di stabilire se la sentenza di patteggiamento precluda o meno la sua applicabilità e quindi se sia una quasi causa di esclusione di essa. Non è condivisibile quella posizione dottrina⁴⁵⁵ secondo cui la sentenza di patteggiamento non costituirebbe una sentenza di condanna, la cui esistenza è elevata dall'art. 19 quale presupposto della confisca.

Senonché, è una posizione che si presta a molteplici critiche, in quanto sembra dimenticare la natura della confisca a carico dell'ente, che, lungi dall'assolvere ad una funzione di difesa sociale, si afferma come misura sanzionatoria diretta alla neutralizzazione dell'ente responsabile privato dell'incremento patrimoniale ex crimine.⁴⁵⁶

Né si confronta con il disposto dell'art. 6, il quale fa conseguire in talune ipotesi la confisca persino al proscioglimento, in quanto il legislatore intende impedire che dal reato della persona fisica possa derivare un qualche beneficio economico.⁴⁵⁷ Sicché, le esigenze di neutralizzazione del patrimonio di provenienza delittuosa giustificano la applicazione della confisca, pur se l'ente abbia fornito la prova della non ascrivibilità dell'illecito ad una propria colpevole carenza organizzativa. Di tal guisa, sarebbe disfunzionale a tale finalità esonerare l'ente dalla confisca nel caso in cui abbia ottenuto la negoziazione della sanzione.⁴⁵⁸

Diverso è, di contro, il problema legato alla possibilità che la confisca rientri nell'oggetto della negoziazione, sicché se vada applicata senza alcuna

⁴⁵⁴ In tal senso MOSCARINI, *op.cit.*, 255

⁴⁵⁵ Vedi PAOLOZZI, *op.cit.*,

⁴⁵⁶ MOSCARINI, *op.cit.*, 256

⁴⁵⁷ In tal senso CERESA-GASTALDO, *op.cit.*, 203

⁴⁵⁸ Così MOSCARINI, *op.cit.*, 256

possibile riduzione. Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha affermato che non può accogliersi la richiesta di patteggiamento non comprensiva dell'accordo sull'oggetto della confisca, in quanto si tratta di un rito alternativo la cui *ratio* si individua nell'accesso a benefici premiali che non possono non ricomprendere il provvedimento ablatorio.⁴⁵⁹

Sempre nel senso della mancata estensione è orientata la dottrina e la giurisprudenza con riferimento all'effetto estintivo di cui all'art. 445, c.2, c.p.p, in ragione della mancata espressa previsione sostanziale a favore dell'ente e delle difficoltà oggettiva di adattamento dell'istituto, essendo non equiparabili la pena detentiva e la sanzione pecuniaria né potendo subordinare l'estinzione dell'illecito dell'ente al decorso di un termine di 2 o 5 anni dalla condanna della persona fisica, condanna che può infatti mancare.⁴⁶⁰

11.5 Il procedimento per decreto

L'art. 64 detta alcune norme speciali sul procedimento monitorio a carico dell'ente, contenendo al comma 4 il già collaudato rinvio alla disciplina contenuta nel codice di rito.

La dottrina⁴⁶¹ ha espresso numerose riserve sulla previsione di un rito semplificato come il rito monitorio che si qualifica per una condanna senza un previo processo, a fronte del divieto per l'ente di accedere al pagamento in misura ridotta della sanzione pecuniaria nonostante la sua generale

⁴⁵⁹ In tal senso CERESA-GASTALDO, *op.cit.*, 204-205

⁴⁶⁰ *Op.ult.cit.*, 207

⁴⁶¹ MOSCARINI, *op.cit.*, 258-259

previsione per tutte le sanzioni amministrative nell'intento di assicurare una rapida definizione dei procedimenti.

È ragionevole ritenere che il Governo si sia così orientato per una tendenziale equiparazione tra imputato persona fisica ed imputato persona giuridica, equiparazione che consente un idoneo bilanciamento tra ragionevole durata e diritto di difesa dell'ente.⁴⁶²

11.5.1 I presupposti

I momenti di maggiore contatto tra il procedimento per decreto di condanna fissato dall'art. 64, d. lgs. n. 231/2001, e analogo procedimento di fonte codicistica si rinvencono nella disciplina dei presupposti, la quale sarebbe monca ove si considerassero le sole disposizioni speciali.

Il rito è rimesso alla discrezionalità del pubblico ministero, il quale, ritenuta la *societas* responsabile di un illecito ex decreto n. 231, può chiedere al giudice per le indagini preliminari la condanna, mediante decreto pronunciato *inaudita altera parte*, qualora ritenga si debba applicare la sola sanzione pecuniaria diminuita sino alla metà rispetto al minimo.⁴⁶³

Requisito essenziale è la punibilità con la diminuzione pecuniaria, fattispecie la quale ricomprende tre ipotesi alternative: in primo luogo, il caso in cui la legge in astratto prevede per l'illecito la sola sanzione pecuniaria; in secondo luogo, il caso in cui, pur prevedendo la legge in astratto una sanzione interdittiva, la sua applicazione nel caso concreto è esclusa dall'intervento di una delle circostanze di cui all'art. 12; in terzo luogo, il caso in cui l'ente

⁴⁶² In tal senso TIRELLI, *i procedimenti speciali*, in GARUTI (a cura di), *op.cit.*, 321

⁴⁶³ Vedi IANNINI, *Art. 64. Procedimento per decreto*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *op.cit.*, 1239

collettivo, pur destinatario in astratto di inibizione delle attività, ponga in essere prima della dichiarazione di apertura del dibattimento le condotte riparatorie di cui all'art. 17.⁴⁶⁴

Pare evidente, allora, come il legislatore abbia inteso introdurre un modulo semplificato di procedimento con un campo di applicazione abbastanza ampio, in quanto esteso alle fattispecie ove la sanzione interdittiva è neutralizzata dalla condotta 'premiante' dell'ente che ripari le conseguenze dannose del reato mostrando un recupero alla legalità, ovvero ove il requisito oggettivo del vantaggio o dell'interesse a favore dell'ente è particolarmente 'flebile' e 'annacquato' dalla finalità egoistica della persona fisica autore del reato.

Il riferimento al 'minimo' su cui opera la riduzione ha aperto un dibattito in dottrina sul suo significato, ossia se occorre riferirsi al minimo in astratto o in concreto, così come per le persone fisiche in quanto l'art. 459 c.p.p. fa analogo riferimento al minimo edittale. Rispetto alla questione insorta sulla norma prevista dal codice di rito la giurisprudenza e la dottrina hanno superato il dato letterale che sembrerebbe deporre per la rilevanza in astratto, sicché la quantificazione di pena deve prima avvenire sulla sanzione irrogata in concreto ridotta sino alla metà ed, infine, sostituita, se detentiva, con la pena pecuniaria.⁴⁶⁵ E tale soluzione è stata ritenuta estensibile anche all'ente. Significativa di una rilevante divergenza rispetto alla disciplina del codice di rito per le persone fisiche è la previsione di cui al comma 3 dell'art. 64, d. lgs. n. 231/2001, a mente del quale se il giudice non accoglie la richiesta del pubblico ministero e non deve pronunciare sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente, deve restituire gli atti al pubblico ministero. Si nota con immediatezza la distonia rispetto all'art. 459, c.3, c.p.p., ove il legislatore

⁴⁶⁴ Cfr. MOSCARINI, *op.cit.*, 260

⁴⁶⁵ Vedi MARCOLINI, *op.cit.*, 711

non parla di ‘sentenza di esclusione della responsabilità’, ma di sentenza di proscioglimento ex art. 129 c.p.p. Di talché, la differenza tra le due norme ha indotto la dottrina⁴⁶⁶ a ritenere che per le persone giuridiche occorre riferirsi ai parametri indicati nell’art. 66, d. lgs. n. 231/2001, e quindi ai casi di dubbio probatorio oltre che alle cause estintive di cui all’art. 129 del codice di rito.

Se per le persone fisiche l’art. 405, c.1, c.p.p impone al pubblico ministero di motivare le ragioni per le quali ritiene di sostituire la pena pecuniaria con la pena detentiva, per le persone giuridiche non è replicabile una tale condizione, in quanto il sistema sanzionatorio dell’ente non conosce la pena detentiva, condizione sostituita con la motivazione circa la insussistenza delle condizioni per la applicazione di sanzioni interdittive.⁴⁶⁷

Così come non si applica al procedimento monitorio a carico dell’ente l’art. 459 c.1, c.p.p che ammette tale rito per i reati perseguibili a querela solo se quest’ultima è stata presentata. Né può immaginarsi che l’esercizio dell’azione penale sotto forma di richiesta di decreto sia ‘bloccata’ dalla mancanza della querela del reato presupposto, stante l’autonomia dell’addebito di responsabilità a carico dell’ente, al quale deve essere rimproverabile un fatto proprio derivante dal comportamento aggregato e colpevole. Sicché, la querela relativa al reato presupposto costituisce una mera circostanza esterna rispetto alla fattispecie normativa astratta che incrimina l’ente.⁴⁶⁸

11.5.2 La richiesta del Pm e il filtro del giudice

⁴⁶⁶ In tal senso GUIDO, *I procedimenti speciali*, in *Dir.pen.soc.*, 2009, 1564

⁴⁶⁷ Cfr. IANNINI, *op.cit.*, 1241

⁴⁶⁸ Così MOSCARINI, *op.cit.*, 261

Ritenute sussistenti le condizioni prima descritte, l'ufficio del pubblico ministero può formulare una richiesta motivata di condanna per decreto dell'ente trasmessa all'ufficio del giudice per le indagini preliminari unitamente al fascicolo contenente la documentazione delle attività investigative.

In quanto atto mediante cui si esercita l'azione penale e quindi in quanto atto costitutivo dell'istanza punitiva, deve contenere le prescrizioni imposte dall'art. 59 per la contestazione dell'illecito. Nonché, deve fornire analitica motivazione circa la ritenuta applicabilità in concreto della sola sanzione pecuniaria, il calcolo che ha determinato la fissazione della soglia su cui operare la riduzione e la relativa diminuzione.⁴⁶⁹

Trasmessa entro il termine di sei mesi dall'iscrizione nel registro di cui all'art.55, la richiesta così motivata, al competente ufficio giudiziale spetta un sindacato in fatto ed in diritto. Orbene, in primo luogo si impone di accertare il *prius* la responsabilità della *societas*, ossia la sussistenza di un reato che rientri nel catalogo dei reati presupposti, nonché, una volta accertato il reato presupposto, verificare la sussistenza degli elementi oggettivi e soggettivi costitutivi dell'illecito dell'ente. A questa fase di verifica sulla responsabilità, segue poi un sindacato diretto a verificare le condizioni proprie del rito monitorio a carico dell'ente e quindi in particolare, l'applicabilità della sola sanzione pecuniaria e della successiva sua riduzione.⁴⁷⁰ Nonché, il giudice dovrà accertare la presenza di un quadro almeno indiziario che consente di affermare la responsabilità della persona giuridica.

⁴⁶⁹ Vedi MARCOLINI, *op.cit.*, 711-712

⁴⁷⁰ Vedi MOSCARINI, *op.cit.*, 264

L'esito di tale filtro giudiziale può essere plurimo, in quanto potrebbe arrestarsi ad una pronuncia di inammissibilità della domanda ovvero potrebbe condurre ad una sentenza di esclusione della responsabilità dell'ente, laddove manca, sia insufficiente o contraddittoria la prova dell'illecito dell'ente, ovvero alla emissione del decreto penale di condanna.⁴⁷¹

11.5.3 Gli effetti premiali del decreto

Così come per l'imputato persona fisica, anche per l'imputato persona giuridica il procedimento per decreto dovrebbe essere fonte di significativi effetti premiali, i quali sono ridotti alla diminuzione della sanzione a carico dell'ente e alla non iscrizione nel certificato dell'anagrafe nazionale.⁴⁷²

Si tratta di effetti premiali molto limitati rispetto al regime che, di contro, investe l'imputato persona fisica, la quale beneficia della sospensione condizionale della pena e della esclusione della applicazione delle pene accessorie. In assenza di una norma specifica nel decreto n. 231 che disciplini specifici effetti premiali, tali previsioni non sono applicabili non conoscendo il sistema 231 l'istituto della sospensione condizionale né la bipartizione sanzioni principali e accessorie, ove le plurime sanzioni previste rispondano ciascuna ad una autonoma funzione di pari dignità.⁴⁷³

Mentre, se l'imputato non presenta opposizione, sembrano trovare applicazione l'assenza di condanna alle spese, l'inefficacia del decreto nei

⁴⁷¹ Cfr. IANNINI, *op.cit.*, 1242

⁴⁷² Vedi CERESA-GASTALDO, *op.cit.*, 209

⁴⁷³ Cfr. MOSCARINI, *op.cit.*, 266

giudizi extrapenali, l'estinzione dell'illecito se nel termine di due o cinque anni non si siano commessi illeciti della stessa indole.⁴⁷⁴

Ma la esclusione dei benefici di maggior valore sembra, in parte, inficiare la disciplina in analisi così da essere disincentivante rispetto alla rinuncia alla opposizione, frutto di uno scarso rigore sistematico del legislatore del 2001, che avrebbe dovuto disciplinare specificamente i singoli effetti premiali in ragione delle evidenti differenze tra la punibilità del reato e la punibilità dell'ente rispetto a cui la tecnica del rinvio si rivela non soddisfacente.

⁴⁷⁴ Così IANNINI, *op.cit.*, 1242

Capitolo III

Il rapporto tra la punibilità dell'ente e la punibilità del reato

1. La regola del cumulo delle responsabilità: *ratio* e legittimazione costituzionale alla luce del principio di colpevolezza

Il decreto legislativo n. 231 si ispira alla regola del cumulo di responsabilità tra autore del reato presupposto ed ente autore dell'illecito ad esso ascrivibile in ragione di un difetto organizzativo che ha reso possibile la commissione del reato. Si tratta di una regola che trova fondamento nella complessità del fenomeno criminale di impresa, il quale coinvolge tanto le persone fisiche quanto le persone giuridiche, la cui punibilità serve a 'colpire' quel disvalore che la responsabilità individuale non è in grado di assorbire.⁴⁷⁵

Il principio del cumulo si iscrive all'interno di uno statuto costituzionale, ove va coordinato con il principio personalistico e il principio del *ne bis in idem* sostanziale, alla luce di cui deve legittimarsi. In tal senso non risulta utile la teoria della immedesimazione organica, secondo cui l'ente si trova in rapporto di sovrapposibilità con l'organo che fa volere ed agire la persona giuridica, la quale è posta in una non predicabile coincidenza con l'organo.⁴⁷⁶ Ora, pare evidente che una tale ricostruzione sia 'miope' non attagliandosi alle più grandi realtà di imprese nelle quali non si rintraccia un procedimento decisionale così semplificato stante la pluralità di centri decisionali che

⁴⁷⁵ Così PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, op.cit., 538

⁴⁷⁶ Vedi MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, op.cit., 123

ostano a fare di un organo della persona giuridica il centro di imputazione di attività e interessi della *societas*.

Inoltre, molteplici sono i profili di tensione con fondamentali principi costituzionali.⁴⁷⁷ Ora, ogni intervento punitivo deve necessariamente confrontarsi con il principio di personalità della responsabilità e con il divieto di *bis in idem*, che certamente entrano in tensione con un intervento punitivo nei confronti dell'ente, il quale potrebbe essere chiamato a rispondere di una azione altrui subendo delle conseguenze pregiudizievoli per la pena inflitta, pena che cagionerebbe una duplicazione sanzionatoria del medesimo fatto, in quanto all'ente si ascriverebbe un rimprovero per un fatto non proprio, di cui comunque sarebbe chiamato a rispondere l'effettivo autore.⁴⁷⁸

Senonché, tali rischi possono essere neutralizzati e superati ove si costruisce la responsabilità dell'ente collettivo intorno a requisiti autonomi che non la esauriscano nel fatto del soggetto qualificato o non qualificato, né individuino quale mero criterio il finalismo dell'ente che attribuirebbe alla responsabilità in analisi una intollerabile veste oggettiva.⁴⁷⁹

Nonostante le varie ricostruzioni fornite in dottrina più o meno articolate,⁴⁸⁰ l'unica via che sembra effettivamente compatibile con i canoni costituzionali della personalità e del divieto di *bis in idem* è quella ricostruzione che valorizza la colpevolezza per il fatto proprio dell'ente.⁴⁸¹ In tal senso, la punibilità è subordinata all'accertamento di un fatto proprio dell'ente che si

⁴⁷⁷ Per un ampio approfondimento sul punto DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, *op.cit.*, 35 ss.

⁴⁷⁸ Cfr. DE SIMONE, *La responsabilità da reato della societas nell'ottica dei principi costituzionali*, in STILE A-MONGILLO-STILE G., *op.cit.*, 287

⁴⁷⁹ Vedi MONGILLO, *op.ult.cit.*, 134-135

⁴⁸⁰ Per una analisi approfondita delle diverse teoriche e della prova di 'costituzionalità' si veda DE SIMONE, *La responsabilità da reato della societas nell'ottica dei principi costituzionali*, in STILE A-MONGILLO-STILE G., *op.cit.*, 290 ss.

⁴⁸¹ Vedi FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'utile al giusto. Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale*, *op.cit.*

traduca in un contributo agevolativo fornito dalla *societas* al reato presupposto commesso nel suo interesse o vantaggio sotto forma di deficit organizzativo, nonché l'esigibilità soggettiva di un diverso assetto organizzativo conforme a parametri di diligenza, che identifica una autentica colpevolezza dell'ente.⁴⁸²

Di talché, la colpevolezza dell'ente non si lascia individuare nel difetto del modello di prevenzione, in quanto per tale via persisterebbe una certa sovrapposizione con la colpevolezza individuale, ma va ricostruita nei termini di cui prima che consentono di predicare uno standard di comportamento diligente dell'ente. Sicché, si individuano dei coefficienti di rappresentabilità della lacuna e dell'evento reato che consentono di riferire all'ente una autentica colpevolezza 'colposa' per il fatto proprio dato dal comportamento aggregato,⁴⁸³ con valorizzazione della misura soggettiva della colpa.

Per tale via la regola del cumulo si giustifica e con riguardo alla colpevolezza e con riguardo al *ne bis in idem*, in quanto la *societas* non risponde, nemmeno in chiave concorsuale, del fatto altrui, ma di un autentico fatto proprio in cui il reato presupposto costituisce l'evento che funge da parametro di rimproverabilità soggettiva colposa.

2. Le cause di non punibilità del reato e la “sopravvivenza” della punibilità dell'ente: giustificazioni teoriche e irrazionalità ed ineffettività pratiche

⁴⁸² Vedi MONGILLO, *op.ult.cit.*, 135-136

⁴⁸³ Vedi FIORELLA-SELVAGGI, *op.cit.*, 212

La regola del cumulo di responsabilità, secondo cui concorre la responsabilità della persona fisica per il reato presupposto con la responsabilità della persona giuridica per un fatto proprio colpevole, stimola una attenta riflessione sul rapporto tra la dimensione della punibilità del reato presupposto e la dimensione della punibilità dell'illecito dell'ente per come indagata nel precedente capitolo della presente tesi. Sicché, occorre interrogarsi sulla sorte della responsabilità dell'ente qualora il reato presupposto sia attinto da una causa di non punibilità la cui 'circolazione' nel diritto penale individuale è regolata dal principio personalistico di cui all'art. 182 c.p.

Il legislatore del 2001, nell'affrontare il tema della punibilità, si era confrontato con un numero assai ridotto di reati presupposto che non avevano reso particolarmente rilevante il problema in analisi. L'ampliamento del catalogo dei reati che attivano il meccanismo sanzionatorio dell'ente e la proliferazione di nuove ipotesi di non punibilità sopravvenute al decreto n. 231 hanno reso attuale il dibattito intorno alla persistente validità sistemica delle scelte del legislatore del 2001 in punto di punibilità alla luce del mutato contesto normativo⁴⁸⁴ e del corrispondente decumulo di responsabilità a favore della persona fisica,⁴⁸⁵ spesso fortemente criticato per irragionevolezza e disfunzioni pratiche per come meglio si vedrà nel proseguo.

Il decumulo di responsabilità costituisce un fatto fisiologico in quanto vi sono talune specifiche ipotesi di reato informate alla responsabilità esclusiva della persona fisica, ontologicamente individuali. Nonché in quanto la responsabilità dell'ente non costituisce una conseguenza automatica del reato presupposto soggiacendo ad autonomi elementi costitutivi da accertare,

⁴⁸⁴ Vedi SELVAGGI, *Tre temi, op.cit.*

⁴⁸⁵ Cfr. PIERGALLINI, *op.cit.*, 539

i quali non sono influenzati dalle vicende del reato che, pur essendo avvinto da un nesso di presupposizione, è alieno rispetto all'illecito della persona giuridica.⁴⁸⁶

Accanto a queste evenienze fisiologiche occorre indagare sulla configurabilità nel nostro ordinamento di fattispecie di decumulo legale della responsabilità, ove risponde solo un soggetto tra individuo ed ente collettivo, e di decumulo giudiziale necessario o eventuale ove il giudice deve o può escludere la punibilità della *societas*.⁴⁸⁷

2.1 Il decumulo di responsabilità sancito dal principio di autonomia della responsabilità dell'ente ex art. 8

L'art. 8, d.lgs. n. 231/2001, che sancisce il principio di autonomia della responsabilità dell'ente rispetto alla responsabilità della persona fisica, rappresenta una delle norme maggiormente problematiche del decreto, la cui centralità risiede nel fatto che introduce diverse previsioni di esonero unilaterale di responsabilità in danno della persona giuridica.

Si tratta di una fattispecie a struttura complessa ove l'illecito punitivo dell'ente non si identifica con il reato commesso dalla persona fisica, che ne costituisce un presupposto,⁴⁸⁸ costruita secondo lo schema della norma a più disposizioni, ciascuna delle quali regola fattispecie diverse di responsabilità a titolo autonomo dell'ente che integrano differenti tipologie di carenza di corresponsabilizzazione della persona fisica per il reato presupposto.⁴⁸⁹ In

⁴⁸⁶ Vedi MONGILLO, *op.ult.cit.*, 215

⁴⁸⁷ *Ibidem*, 216

⁴⁸⁸ In tal senso PIVA, *op.cit.*, 3

⁴⁸⁹ Cfr. PIERGALLINI, *op.cit.*, 539

particolare, dispone che la responsabilità dell'ente sussista anche quando l'autore del reato presupposto non sia identificato o non sia punibile, ovvero qualora il reato presupposto si estingua per una causa diversa dall'amnistia. Si tratta di una disposizione che prende atto delle modalità organizzative della impresa di medio grandi dimensioni, la cui complessità può precludere l'accertamento di responsabilità individuali e coerentemente a questa premessa afferma la generale insensibilità della responsabilità dell'ente che non reagisce alla sorte della responsabilità individuale.

Nonostante parte della dottrina⁴⁹⁰ sottostimi il ruolo di tale disposizione nella architettura complessiva del sistema, pare indubbio che si tratti di una novità di assoluta centralità nella disciplina punitiva dell'ente,⁴⁹¹ affermando il principio di autonomia che governa la materia della punibilità del reato e dell'illecito della persona giuridica.

Di talché, la responsabilità dell'ente può dirsi diretta, autonoma e concorrente con quella dell'autore della persona fisica, nonché personale e intrasmissibile ai sensi dell'art. 27, d.lgs. n. 231/2001, a norma di cui risponde solo l'ente con il suo patrimonio della obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria.⁴⁹² Si tratta di una responsabilità diretta, in quanto non sottoposta a condizioni né in rapporto di sussidiarietà con la responsabilità della persona fisica,⁴⁹³ da cui è autonoma.

Per segnalare il rapporto di autonomia, parte della dottrina⁴⁹⁴ fa riferimento ad una forma di responsabilità strutturata 'non come accessoria', dove per accessorietà si intende la necessità che l'illecito dell'ente acceda ad un fatto

⁴⁹⁰ Vedi DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, op.cit., 204

⁴⁹¹ Vedi DI GIOVINE, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI, op.cit., 139

⁴⁹² In tal senso DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, op.cit., 343

⁴⁹³ Vedi DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, op.cit., 1332

⁴⁹⁴ Vedi DE SIMONE, op.ult.cit., 345

tipico e antigiuridico essendo, tuttavia, irrilevante l'accertamento della punibilità in concreto dell'individuo autore del reato presupposto.⁴⁹⁵

L'art. 8 in analisi, pur nell'unitaria affermazione dell'autonoma responsabilità dell'ente, identifica plurime fattispecie le quali sono accomunate dal difetto di punibilità, ma che si articolano variamente a seconda che non sia identificato l'autore del reato ovvero il reato sia perfetto ma si sia verificata una causa di estinzione.

2.1.1 La responsabilità autonoma dell'ente per estinzione del reato presupposto: il ruolo del principio di personalità

La lettera b), c.1, art. 8 afferma la responsabilità dell'ente dinnanzi al verificarsi di una causa di estinzione del reato presupposto, già perfetto nei suoi elementi costitutivi, diversa dalla amnistia.

Si tratta di una soluzione del tutto coerente ed in linea con l'impianto dogmatico criminale del legislatore del 2001, in quanto le cause di estinzione incidono sul reato presupposto già integrato, ossia sulla c.d 'punibilità in astratto', estinguendo la potestà statale di applicazione della sanzione.⁴⁹⁶

Sicché, la permanente corresponsabilizzazione dell'ente risponde al principio personalistico di cui all'art. 182 c.p. che governa il regime della cause estintive nel senso di circoscriverne l'efficacia ai soli reati cui si riferiscono.⁴⁹⁷ Tra l'altro, non vi sarebbero state ragioni per estendere

⁴⁹⁵ Cfr. GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2004, 6

⁴⁹⁶ Cfr. BELLACOSA, *Art. 8. Autonomia della responsabilità dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, op.cit., 226

⁴⁹⁷ Vedi PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 539

all'ente collettivo la disciplina di cause di estinzione previste per la punibilità di persone fisiche, alcune delle quali anche ontologicamente incompatibili con la persona giuridica.⁴⁹⁸

Di talché, l'art. 8 declina tale principio con riguardo alla responsabilità della *societas*, la quale risponde di un autonomo illecito non attinto dalla causa di estinzione, illecito rispetto a cui persiste la rilevanza giuridica.

Si rafforzano, pertanto, le ragioni che inducono a ricostruire la responsabilità dell'ente come responsabilità per un fatto proprio colpevole nei termini di difetto di organizzazione difforme rispetto ad esigibili standards di diligenza, illecito così ricostruito che è insensibile all'intervento di una causa di estinzione della pretesa punitiva sul reato. Sicché, l'accertamento di un reato è condizione sufficiente per il positivo vaglio preliminare dalla responsabilità ex decreto 231, essendo ininfluenti le successive vicende legate alla sua punibilità.⁴⁹⁹

Del resto, la validità della impostazione di base seguita dal legislatore risulta confermata dall'eccezione dell'ammnistia alla regola della 'insensibilità' della responsabilità *ex crimine* della *societas*, in quanto entra in gioco un istituto connesso con la fisionomia e gravità astratta dei reati e non anche con le vicende dei singoli autori, cadendo le ragioni del principio autonomistico a favore di considerazioni di matrice oggettiva che si estendono all'ente, partecipe di una vicenda illecita oggetto di una rinuncia punitiva del legislatore.⁵⁰⁰ Pertanto, le valutazioni politiche che fondano il provvedimento di clemenza sono suscettibili di essere estese all'ente collettivo, in quanto espressive di scelte generali che superano la dimensione del singolo reato.

⁴⁹⁸ Cfr. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche, op.cit.*, 210

⁴⁹⁹ Vedi BELLACOSA, *op.ult.cit.*, 208

⁵⁰⁰ Cfr. DE VERO, *op.ult.cit.*, 211

Altrettanto coerente con il principio personalistico e la matrice oggettiva dell'ammnistia è la disciplina del capoverso dell'art. 8, d.lgs. n. 231/2001, la quale esclude che la rinuncia all'esercizio della pretesa punitiva sotto forma di amnistia si estenda alla persona giuridica rispetto a cui non si avvia il procedimento penale, così come il comma 3 consente all'ente di rinunciare all'ammnistia per ottenere una pronuncia di proscioglimento nel merito, rinuncia che inibisce il procedimento per la persona fisica che non si sia determinata nello stesso senso.⁵⁰¹

2.1.2 La responsabilità autonoma dell'ente in caso di illecito penale incompleto per difetto di imputabilità o mancata identificazione dell'autore del reato: la *quaestio* della estensione della nozione del c.d “fatto di connessione”

La prima ipotesi per la quale l'art. 8 sancisce l'autonomia della responsabilità dell'ente è quella in cui l'autore non sia identificato, previsione che risponde a ragioni di opportunità e che risulta espressiva di una precisa scelta politico criminale tesa a evitare vuoti di tutela ed offrire facili scappatoie all'ente.⁵⁰²

Si tratta di una previsione che nel suo significato primo e più immediato, che sembra suggerito dalla Relazione, non presenterebbe rilevanti novità, in quanto farebbe riferimento ad un deficit nell'accertamento in concreto dei protagonisti della vicenda, dettando per tale ipotesi una regola a tratti

⁵⁰¹ Cfr. BELLACOSA, *op.cit.*, 229

⁵⁰² Cfr. DI GIOVINE, *op.cit.*, 138

ovvia.⁵⁰³ In realtà, sembra più coerente con la complessità del funzionamento societario quella impostazione⁵⁰⁴ secondo cui il legislatore fa riferimento all'impossibilità sostanziale di identificazione di autori individuali in ragione di fenomeni di irresponsabilità organizzata ed in ragione della difficoltà di 'immaginare' un solo soggetto come autore del reato integro di tutti i suoi elementi.⁵⁰⁵ Ed è proprio tale accezione che fonda l'idea di una responsabilità dell'ente del tutto autonoma ed indipendente da un reato perfetto e dall'accertamento del suo autore individuale.

In una tale quadro, come in precedenza sostenuto, il fatto-reato di connessione non deve possedere tutti i suoi elementi costitutivi, essendo sufficiente che la persona giuridica abbia agevolato la commissione del fatto tipico e antiggiuridico, anche qualora l'autore sia sconosciuto.⁵⁰⁶

Poiché l'ente non partecipa al reato presupposto, ma ne agevola la commissione con la realizzazione del fatto di disorganizzazione ad esso imputabile, non è necessario subordinarne la responsabilità all'accertamento processuale di un illecito penale di cui sia identificato l'autore, in quanto con la sanzione a carico della *societas* si intende colpire il disvalore espresso dalla disorganizzazione che lo ha reso possibile.⁵⁰⁷

Occorre, tuttavia, precisare che una tale ricostruzione non giustifica che la mancata identificazione dell'agente derivi da insufficienti svolgimenti delle indagini, ma solo che, pur in presenza di una organizzazione societaria che non consente la identificazione dell'autore del reato, persiste la responsabilità dell'ente per il proprio fatto di 'disorganizzazione'.⁵⁰⁸

⁵⁰³ Vedi BELLACOSA, *op.cit.*, 219

⁵⁰⁴ Vedi DE MAGLIE, *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir.pen.proc.*, 2001, 1351

⁵⁰⁵ In tal senso DE VERO, *op.cit.*, 207

⁵⁰⁶ Vedi PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 539

⁵⁰⁷ Cfr. BELLACOSA, *op.ult.cit.*, 220-221

⁵⁰⁸ Vedi PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 540

Sicché, dinnanzi a fatti di disorganizzazione dell'ente che impediscano di individuare l'autore del reato presupposto, il bisogno di punizione viene garantito dalla sua responsabilità. Laddove si fa riferimento alla 'mancata identificazione dell'autore del reato presupposto', non si esclude *a priori* che vi sia un soggetto colpevole, solo che la sua mancata identificazione non consente di muovere quel rimprovero personale e di accertare quel 'nesso partecipativo' tra fatto criminoso e autore persona fisica in cui si sostanzia la colpevolezza.⁵⁰⁹

Pertanto, il legislatore del 2001 è chiaramente impreciso nel riferirsi al reato, di cui manca l'autore, così come è imprecisa la Relazione secondo cui l'art. 8 farebbe riferimento ad un reato completo in tutti i suoi elementi accertati nei confronti di un soggetto che non è punibile.

Se certamente la previsione dell'art. 8 si applica alla ipotesi in cui la persona fisica non viene identificata o, pur identificata, non è imputabile, più problematica è la ipotesi in cui l'autore sia identificato, sia imputabile ma nei suoi confronti non sia possibile muovere alcun rimprovero personale. Nonostante autorevole dottrina⁵¹⁰ risponda negativamente alla sopravvivenza della responsabilità della persona giuridica in una tale ipotesi, in realtà la ricostruzione dell'illecito dell'ente come illecito autonomo consente di disinteressarsi delle vicende legate all'autore del reato presupposto, in quanto ai fini della responsabilità della *societas* esso costituisce l'evento e come tale rileva sul piano materiale come accadimento storico. Sicché, il reato assume il significato di evento di una fattispecie autonoma di illecito, ove il fatto di 'disorganizzazione', rimproverabile all'ente in quanto siano esigibili differenti standards di cautele, sia avvinto da un nesso di imputazione oggettiva con l'evento reato che rileva come

⁵⁰⁹ Così DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, 353

⁵¹⁰ Vedi DE SIMONE, *op.cit.*, 356 ss.

fatto.⁵¹¹Orbene, il giudizio di colpevolezza si qualifica per la sua stretta inerenza alla persona cui si riferisce, sicché non vi sono ragioni affinché le sue vicende influiscano sulla responsabilità di un altro soggetto costruita su autonome basi personalistiche.⁵¹²

Una conferma in tal senso si trae dalla equiparazione alla mancata identificazione del reo, in quanto il legislatore mostra di prescindere in tali fattispecie da qualsiasi valutazione di colpevolezza, dal momento che essa non potrebbe essere condotta senza un soggetto determinato cui riferirsi.⁵¹³

Nonché, vi sono delle fattispecie concrete nelle quali la impossibilità di muovere un rimprovero personale all'autore del fatto criminoso costituisce una conseguenza delle lacune organizzative che hanno reso possibile il reato, tale che sarebbe ingiustificato la esclusione congiunta delle responsabilità.⁵¹⁴

Questa insensibilità rispetto alle vicende della colpevolezza della persona fisica trova riscontro anche nel dato normativo, che afferma il principio della irrilevanza della imputabilità, sicché se essa non incide sulla responsabilità dell'ente, *a fortiori* non inciderà la colpevolezza di cui la imputabilità costituisce un presupposto.

La rinuncia alla colpevolezza dell'autore del reato presupposto non è espressiva della volontà legislativa di un accertamento al ribasso, in quanto è comunque necessario accertare un fatto tipico e antigiuridico. Sulla tipicità occorre chiarire con riferimento alla criminalità colposa, terreno privilegiato della applicazione della previsione di cui all'art. 8, che è sufficiente accertare la c.d misura oggettiva della colpa, in quanto la tipicità del fatto è data dal contrasto con una regola cautelare, mentre la misura soggettiva della colpa

⁵¹¹ In tal senso FIORELLA-SELVAGGI, *Dall'utile al giusto*, *op.cit.*, 197 ss.

⁵¹² In tal senso MONGILLO, *op.ult.cit.*, 387

⁵¹³ Cfr. DE VERO, *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, *op.cit.*, 206

⁵¹⁴ In tal senso MONGILLO, *op.ult.cit.*, 387

che attiene alla sfera dell'autore diviene irrilevante.⁵¹⁵ Di contro, per i reati dolosi, ove il dolo assolve ad una funzione tipizzante del fatto, si impone ai fini dell'art. 8 l'accertamento del dolo del fatto con conseguente innalzamento dell'onere probatorio di un requisito soggettivo.⁵¹⁶

Sicché, il legislatore all'art. 8 sancisce il principio dell'autonomia della responsabilità dell'ente, la quale è subordinata al mero accertamento di un fatto tipico e antiggiuridico, parlando solo impropriamente di reato.

Tale conclusione si rafforza ove si consideri come l'ulteriore ipotesi, per la quale l'art.8, 1.a) afferma la persistenza della responsabilità dell'ente, è quella dell'autore del reato presupposto non imputabile.

A parte le considerazioni sulla effettiva configurabilità di un soggetto inserito all'interno di una compagine sociale e privo di quella maturità psichica e sanità mentale che lo rende incapace di intendere e volere e quindi non imputabile, la previsione in analisi conserva un senso applicativo solo ove l'espressione reato venga intesa in senso lato, come ricomprensiva della sola tipicità e antiggiuridicità, in quanto in caso contrario il difetto di imputabilità escluderebbe il reato e come tale la responsabilità dell'ente.⁵¹⁷

2.2 La potenziale incidenza della disciplina del concorso di persona sulla punibilità dell'ente: l'illecito dell'ente come illecito autonomo paraconcorsuale

⁵¹⁵ Così PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 540

⁵¹⁶ *Ibidem*

⁵¹⁷ Vedi BELLACOSA, *op.cit.*, 224-225

Autorevole dottrina⁵¹⁸ richiama l'istituto del concorso di persone nel reato per spiegare l'addebito di responsabilità mosso all'ente secondo lo schema della fattispecie a concorso necessario di parte generale, ove persona fisica e persona giuridica concorrono, ancorché in concreto non necessariamente punibili, nel medesimo reato secondo criteri di imputazione diversi.⁵¹⁹

In particolare, si avrebbe un unico reato cui concorrono secondo la logica dell'accessorietà la *societas* e la persona fisica, integrando una fattispecie plurisoggettiva di parte generale. Nel caso di mancata individuazione dell'autore, la persona giuridica risponderebbe dell'illecito secondo il modello dell'accessorietà minima del fatto tipico commesso dalla persona fisica in quanto concorrente necessario. Sicché, la colpevolezza dell'ente si declinerebbe nel triplice senso del dolo del fatto dell'ente in caso di reato doloso dell'apice, di agevolazione colposa nel caso di reato colposo del subordinato, di colpa di organizzazione pura nel caso di reato commesso da autore ignoto.⁵²⁰

Si tratterebbe di un paradigma che risponde alla logica di prevenzione, generale e speciale, della sanzione e che, da un punto di vista strutturale, sarebbe animato da una tipicità di natura collettiva.⁵²¹ Ed, in tal senso, soccorrerebbe il criterio imputativo principale, secondo cui per attribuire la responsabilità alla *societas* occorre che *'questa comunque partecipi con la sua persona colpevolezza (colpa di organizzazione) al reato materialmente commesso da una persona fisica. Inoltre occorre che l'intera condotta sia animata dal finalismo collettivo integrato dai criteri ascrittivi dell'interesse e/o del vantaggio'*.⁵²²

⁵¹⁸ Vedi PALIERO, *La società punita*, op.cit., 1535 ss.

⁵¹⁹ Cfr. PIVA, op.cit., 2

⁵²⁰ Cfr. BARTOLUCCI, *L'art. 8 d.lgs. n. 231/2001 nel triangolo di penrose*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 14

⁵²¹ Così PALIERO, op.cit., 1536

⁵²² *Ibidem*

Sicché, la responsabilità *ex crimine* dell'ente descriverebbe una fattispecie di partecipazione strutturata secondo il criterio della accessorietà, che troverebbe conferma nella presenza di un paradigma ascrittivo ex art. 8 del decreto n. 231, che, sancendo il principio di autonomia, dimostra come la condotta dell'ente sia una condotta accessoria di partecipazione ad un fatto materiale tipico di una persona fisica, ancorché non individuato o non punibile in concreto.⁵²³

Si tratta di una posizione esegetica che troverebbe conferma in taluni indici normativi disseminati nel decreto n. 231, come gli artt. 2-3 ove il legislatore fa riferimento alla responsabilità per un fatto costituente reato; la disciplina del tentativo ove il reato della persona fisica si qualifica come evento; il nesso tra la posizione dell'ente e della persona fisica ai fini della applicazione della sanzione su richiesta.

Tuttavia, altra dottrina⁵²⁴ ha evidenziato la forzatura dell'inquadramento del nuovo illecito in una fattispecie concorsuale che non consentirebbe di valorizzare la novità del decreto n. 231, recata dalla introduzione di una fattispecie ascrittiva eventuale in forza di cui la responsabilità dell'ente è subordinata al reato realizzato dalla persona fisica e autonoma da quest'ultima.

Del resto, la tesi concorsuale pura presuppone l'equivalenza tra agire umano ed agire dell'ente non richiesta dal legislatore del 2001, il quale, tra l'altro, ha introdotto una disciplina autonoma rispetto al regime di cui agli artt. 110 e ss. c.p. Nonché, occorre considerare come nell'art. 7, ove il legislatore sembra introdurre lo schema della agevolazione colposa, la fattispecie concorsuale sarebbe ascrivibile all'apicale e mai all'ente.⁵²⁵

⁵²³ *Ibidem*, 1538

⁵²⁴ GIUNTA, *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, *op.cit.*, 5 ss.

⁵²⁵ Cfr. DE VERO, *Natura e struttura dell'illecito di ente collettivo*, *op.cit.*, 1151 ss.

Si sottolinea come mancherebbero i requisiti del concorso colposo nel delitto doloso, in quanto la colpa di organizzazione ascritta all'ente è conseguente alla violazione di regole cautelari che si iscrivono in un modello preventivo di situazioni di potenziali reati e non anche di regole cautelari volte a neutralizzare o ridurre il rischio di commissione dello specifico reato.⁵²⁶

Inoltre, si denunciano i rischi connessi alla teoria dell'accessorietà minima applicata all'ente in quanto laddove l'autore del reato presupposto non sia identificato, la *societas* si troverebbe esposta ad una imputazione per il fatto illecito altrui con conseguente tensione con i principi di personalità e materialità.⁵²⁷

Sicché, una parte della dottrina⁵²⁸ propone una ricostruzione che tenga conto del principio di autonomia di cui all'art. 8 e al contempo della prossimità con forme concorsuali, definendo l'illecito dell'ente come un illecito autonomo paraconcorsuale.

2.2.1 Le ragioni di tale ricostruzione teorica

Secondo la ricostruzione teorica da ultimo citata, l'ente risponde di un illecito autonomo para concorsuale in cui il reato commesso dalla persona fisica costituirebbe l'evento, ove si rimprovera all'ente la mancata adozione di misure gestorie e organizzative di carattere preventivo idonee ad impedire la commissione di reati.

⁵²⁶ In tal senso PIVA, *op.cit.*, 9

⁵²⁷ Cfr, BARTOLUCCI, *op.cit.*, 14

⁵²⁸ Vedi PIVA, *La responsabilità del vertice per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011, 222 ss.

Si tratta di un modello già sperimentato in altri contesti normativi ed in particolare nella responsabilità del direttore o del vice direttore responsabile per omesso controllo di cui all'art. 57 c.p, che sancisce una responsabilità per fatto omissivo proprio per ogni reato commesso con il mezzo stampa, così da avvicinarsi al modello di responsabilità previsto per l'ente caratterizzato da un catalogo di reati e da un nesso causale definito in termini di necessarietà come quello del criterio di cui all'art. 7, d. lgs. n. 231/2001.⁵²⁹ Di tal guisa, l'ente risponde per non aver impedito la commissione del reato nel suo ambito di attività, a causa di un difetto del modello organizzativo preventivo causalmente collegato con il reato. Per tale via si costruisce una responsabilità autonoma dell'ente che consente di superare il problema legato alla assenza di una norma di rinvio alla disciplina codicistica del concorso di persone, valorizzando il decreto n. 231 come sistema chiuso. Inoltre, l'autonomia così assicurata all'addebito mosso a carico dell'ente consente di indagare la colpevolezza come unica colpa di organizzazione modulata secondo i criteri dell'elemento soggettivo colposo.⁵³⁰

2.2.2 La applicazione del regime estensivo previsto dall'art. 119 c.p all'ente quale conseguenza della natura (para) penale dell'illecito

La teorica della natura concorsuale dell'illecito ascritto alla *societas* ha come immediato precipitato la applicazione del regime codicistico di estensione delle 'circostanze di esclusione della pena' di cui all'art. 119 c.p, a mente del

⁵²⁹ Vedi PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente*, op.cit., 10

⁵³⁰ Vedi BARTOLUCCI, op.cit., 15

quale le circostanze soggettive concernenti l'autore del reato si applicano in via esclusiva ai concorrenti cui si riferiscono, mentre quelle oggettive attinenti alle modalità della condotta e al piano della offesa si estendono a tutti i concorrenti.

Ciò trova ulteriore conferma nel riconoscimento prevalente della natura (para) penale delle responsabilità dell'ente, cui consegue o dovrebbe conseguire l'estensione alla *societas* del regime del reato, specie laddove, come nel caso dell'art. 119 c.p, si tratti di un regime più favorevole.

Ora, nel silenzio dell'art. 8, c.1, l.b), d. lgs. n. 231/2001, che ha suscitato ampi dibattiti, sul suo rapporto con le cause di non punibilità in senso stretto, si ritiene che le cause oggettive debbano operare a favore dell'ente, in quanto, laddove la esiguità della offesa o la riparazione della stessa neutralizzano il bisogno di pena in concreto, non vi sono ragioni per escluderne gli effetti nei confronti di tutti i soggetti coinvolti nell'illecito concorsuale.⁵³¹

Sicché, si affermerebbe un principio secondo cui le cause di non punibilità relative all'offesa si estendono all'ente, trovando conferma nell'improprio riferimento posto dall'art. 8 alle cause di estinzione del reato, le quali non escluderebbero la responsabilità della persona giuridica. In realtà, secondo i teorici della natura concorsuale dell'illecito non solo l'amnistia esclude la responsabilità in analisi, ma anche altre cause nominalmente estintive, ma incompatibili con tale principio come la sospensione condizionale della pena.⁵³²

⁵³¹ In tal senso GIUNTA, *L'ente non punibile. Prendendo spunto dall'evasione fiscale riparata*, in *rivista231.it*, 5 ottobre 2020, 5

⁵³² *Ibidem*, 6

2.3 Il correttivo della teoria quadripartita e la esclusione della responsabilità dell'ente per difetto del reato presupposto

Come si è detto in precedenza, la diversa nozione di reato presupposto a cui si accede, ossia se reato formalmente inteso come comprensivo della colpevolezza ovvero come sinonimo di fatto antiggiuridico, incide profondamente sulla responsabilità da reato dell'ente, in quanto la impossibilità di muovere un rimprovero personale di colpevolezza all'agente identificato escluderebbe la responsabilità dell'ente qualora si accolga una nozione formale di illecito penale.

Un effetto, ancor più intenso, di esclusione della responsabilità da reato della *societas* consegue alla teoria quadripartita che individua la punibilità quale quarto elemento della struttura del reato, che non può dirsi integrato se non è punibile. Sicché, la non punibilità in concreto del fatto di reato escluderebbe l'intervento punitivo della persona giuridica in quanto non sarebbe soddisfatta la condizione della sussistenza del reato presupposto. Esclusa la punibilità del fatto antiggiuridico e colpevole, verrebbe meno il reato presupposto in una ottica di interpretazione letterale e formale dell'art. 8, d.lgs. n. 231/2001, così da esonerare l'ente da qualsiasi profilo di responsabilità.

Pertanto, questa posizione dottrina⁵³³ esclude in radice la responsabilità dell'ente senza neanche porre il problema del regime di comunicazione delle cause di non punibilità, le quali nella ricostruzione prospettata varrebbero a

⁵³³ Tra i tanti si veda COCO, *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *dirittopenalecontemporaneo.it*

escludere la configurabilità del reato incidendo sull'*an* della punibilità dell'ente in funzione della mancanza del reato presupposto.

3. La causa oggettiva di non punibilità della particolare tenuità del fatto ex art. 131 *bis* c.p e la mancata estensione all'ente

La particolare tenuità del fatto, prevista dall'art. 131*bis* c.p, può essere definita come una causa oggettiva di esclusione della punibilità in quanto attinente al grado di offesa di cui rileva la esiguità a fronte di cui il legislatore rinuncia alla sanzione con una previsione di carattere generale, poiché si riduce il bisogno e la meritevolezza di pena del fatto di reato.⁵³⁴ Si tratta di una clausola generale che si inserisce a pieno titolo nel sistema della non punibilità, rimettendo alla discrezionalità giudiziaria il compito di una depenalizzazione in concreto che riguarda i singoli casi che nella sostanza sono considerati non meritevoli di pena, e di selezione dei fatti effettivamente meritevoli di risposta penale.⁵³⁵ Tale istituto presuppone un illecito di cui sia predicabile la tipicità e quindi la rilevanza penale di cui si valorizza il ridotto valore lesivo che giustifica una rinuncia alla sanzione. Senonché, la portata sistematica della clausola di esiguità offensiva ha stimolato un dibattito sulla sua portata e sulla estendibilità del 'non bisogno di pena' anche alla responsabilità dell'ente cui la giurisprudenza di

⁵³⁴ Per una ampia riflessione rispetto alle nozioni di bisogno, meritevolezza si veda ROMANO, "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, 42 ss.

⁵³⁵ Vedi per una ampia riflessione sull'art. 131*bis* c.p AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *disCrimen.it*, 14 dicembre 2018

legittimità ha risposto negativamente. Dibattito che si è snodato sulla esatta portata dell'art. 8, d. lgs. n. 231/2001 e, quindi, sul rapporto tra reato presupposto e sorti della responsabilità della persona giuridica.

3.1 Le ragioni teoriche a sostegno e contro tale conclusione alla luce della distinzione tra “punibilità in astratto” e “punibilità in concreto”

La introduzione della non punibilità per particolare tenuità del fatto e dei suoi rapporti con l'ente ha stimolato un vivace dibattito che riflette, in primo luogo, una più ampia e sistematica riflessione sulla punibilità in generale ed, in particolare, sulla ‘punibilità in astratto’ e sulla ‘punibilità in concreto’.

Secondo una prima soluzione ermeneutica, inaugurata dalle linee guida della Procura di Palermo, la causa di non punibilità in analisi deve essere estesa all'ente in ragione del dato letterale di cui all'art. 8, d.lgs. n. 231/2001, il quale conserva la responsabilità della *societas* a fronte delle sole cause di estinzione del reato.⁵³⁶ Di talché, si valorizza il diverso *nomen iuris* della causa di cui all'art. 131bis c.p quale causa di non punibilità che non rientrerebbe nella categoria delle cause di estinzione del reato di cui all'art.8, così da individuare una ipotesi di decumulo bilaterale.⁵³⁷

Si sostiene, inoltre, come nel sistema della responsabilità degli enti questi siano chiamati a rispondere per proprie carenze organizzative, ma quale conseguenza della commissione di un fatto di reato che assume una valenza

⁵³⁶ Cfr. ALBERTI, *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: le linee guida della Procura di Palermo*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 2 luglio 2015

⁵³⁷ Cfr. PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 542

centrale nella risposta sanzionatoria.⁵³⁸ Sicché, valorizzando la dipendenza dal reato obiettivamente realizzato, le relative vicende che ne influenzano la dimensione astratta e concreta della punibilità non possono non influenzare le vicende dell'ente, con la precisazione che tale principio non può valere per le cause di non punibilità soggettive.⁵³⁹

Si oppongono, per di più, considerazioni di stretta legalità, la quale osta alla estensione dell'art. 8, d. lgs. n. 231/2001, che afferma il principio di autonomia dell'ente solo con riguardo alle cause di estinzione del reato.⁵⁴⁰

Tale dato, che non contempla tra le ipotesi che fanno residuare la responsabilità dell'ente le cause di non punibilità, depone nel senso che l'intervento della particolare tenuità del fatto elide il carattere autonomo della responsabilità dell'ente escludendola, pena la violazione del divieto di analogia *in malam partem*.⁵⁴¹

Nonché, una soluzione contraria all'esonero di responsabilità dell'ente in caso di applicazione della particolare tenuità del fatto di reato presupposto si pone in tensione con l'intento deflattivo della novella del 2015, in quanto implica la prosecuzione del giudizio nei confronti dell'ente.⁵⁴² Se la caratterizzazione bagatellare del reato non impone il ricorso alla sanzione tale che il fatto non sia bisognoso di pena, non si rintracciano ragioni per avviare o proseguire un procedimento penale a carico dell'ente.⁵⁴³

Di contro, secondo un'altra soluzione esegetica sarebbe irragionevole considerare l'ente responsabile quando il reato presupposto si estingue per

⁵³⁸ In tal senso SCAROINA, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in www.sistemapenale.it, 17

⁵³⁹ *Ibidem*, 16

⁵⁴⁰ Vedi ALBERTI, *op.cit.*

⁵⁴¹ Cfr. VISPO, *Il procedimento a carico degli enti: quali alternative alla punizione?*, in legislazionepenale.it, 7

⁵⁴² In tal senso GUERINI, *Clausole di esclusione della punibilità e responsabilità degli enti*, in *Resp.soc.amm.*, 2016, 131

⁵⁴³ Vedi PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 543

una causa diversa dall'amnistia e non anche nel caso in cui il reato risulta accertamento in tutti i suoi elementi costitutivi, ancorché non punibile per particolare tenuità del fatto che incide sulla dimensione sanzionatoria e non sul reato.⁵⁴⁴

Ora, se la punibilità esprime il bisogno di pena rispetto ad un fatto già penalmente rilevante e come tale meritevole di una sanzione penale, dovrebbe affermarsi la non comunicabilità degli effetti della particolare tenuità del fatto all'ente, in quanto il reato presupposto si è già perfezionato. Né a difformi conclusioni si può pervenire accedendo alla sistematica quadripartita, assunto che la responsabilità dell'ente è attivata quantomeno dall'accertamento di un fatto tipico e antiggiuridico.⁵⁴⁵

La giurisprudenza di legittimità, occupandosi della questione, ha sposato questo indirizzo interpretativo sulla base di plurime argomentazioni. Si è valorizzata la autonomia della responsabilità dell'ente rispetto alla responsabilità penale delle persone fisiche in linea con il riconoscimento, operato dalle Sezioni Unite, della responsabilità della *societas* come *tertium genus* che trova nella realizzazione del reato il suo presupposto, ma che sanziona la colpa di organizzazione dell'ente.⁵⁴⁶

Inoltre, la applicazione della particolare tenuità del fatto presuppone un accertamento del giudice di un reato completo nei suoi elementi, tale che la pronuncia di proscioglimento applicativa dell'art. 131*bis* c.p implica il riconoscimento di un reato, così da meritarsi la definizione di 'cripto condanna'.⁵⁴⁷ La esiguità offensiva che induce il legislatore a rinunciare alla pena è estranea agli elementi costitutivi del reato presupposto che rimane integro in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi. Di talché, si è in

⁵⁴⁴ Cfr. AMARELLI, *op.cit.*, 11

⁵⁴⁵ Così SELVAGGI, *Tre temi sulla "riforma" della responsabilità da reato dell'ente*, *op.cit.*, 48

⁵⁴⁶ Cfr. SCARONA, *op.cit.*, 14

⁵⁴⁷ Così SPANGHER, *L'irrelevanza del fatto*, in www.dirittogiustiziaminorile.it, 2015, 20

presenza di una affermazione di responsabilità senza condanna, per cui la relativa sentenza non è assimilabile ad una sentenza di assoluzione, sentenza che non intacca il reato tanto da meritare la trascrizione nel casellario giudiziario e da produrre gli effetti del giudicato quanto all'accertamento della sussistenza del reato, della sua illiceità e al riconoscimento della sua commissione da parte dell'imputato nei giudizi amministrativi o civili di danno.⁵⁴⁸ Pertanto, la decisione sulla rilevanza penale del reato presupposto è condizione sufficiente per la responsabilità dell'ente, il cui giudizio di colpevolezza va condotto autonomamente in relazione alla gravità dei fatti alla persona giuridica ascritti.

Del resto, il requisito della non abitualità del comportamento conferisce alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto contenuto individualizzante, precludendo ad automatiche estensioni alla persona giuridica, ove si consideri come all'interno di essa talune condotte delittuose, che per la persona fisica sono esigue, sono usuali tali da richiedere un intervento organizzativo di tipo correttivo.⁵⁴⁹

Queste considerazioni trovano, poi, ulteriore conferma nel criterio letterale per cui l'espressione 'causa di estinzione del reato' va intesa sino a ricomprendere le cause di non punibilità in senso stretto che condividano analoghe basi, pena un esito irragionevole per cui la responsabilità dell'ente sopravvive pur in presenza di una causa di estinzione e non anche in presenza di una causa di non punibilità di tal fatta.⁵⁵⁰

Orbene, non sembra condivisibile attribuire carattere eccezionale alla previsione di cui all'art. 8, d. lgs. n. 231/2001, in quanto espressiva della volontà del legislatore di costruire il sistema di responsabilità dell'ente come

⁵⁴⁸ Vedi PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 542

⁵⁴⁹ In tal senso MONGILLO, *op.ult.cit.*, 394

⁵⁵⁰ Cfr. AMARELLI, *op.cit.*, 11

sistema autonomo e diretto.⁵⁵¹ Sicché, non si intravedono ostacoli a estendere il principio di autonomia anche alle cause di non punibilità in senso stretto. A ciò si aggiunge che la ormai riconosciuta natura sostanziale della particolare tenuità del fatto osti alla sua applicazione alla persona giuridica in ragione della disciplina di rinvio di cui agli artt. 34 e 35, d.lgs. n. 231/2001, che si riferisce alle sole disposizioni processuali in quanto compatibili.⁵⁵²

In definitiva, le tesi in analisi evocano evidentemente la questione della distinzione tra punibilità in astratto, che attiene alla ricorrenza concreta di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, e punibilità in concreto, che guarda ai soli elementi che condizionano la applicazione o esecuzione della pena.⁵⁵³

In particolare, la punibilità in astratto descrive la connessione tra descrizione del fatto e la sua qualificazione, mentre la punibilità in concreto isola la connessione tra precetto e sanzione.⁵⁵⁴

Pertanto, se si accede ad una dimensione astratta della punibilità la responsabilità dell'ente è insensibile alle vicende del reato presupposto, in quanto in astratto sono presenti tutti gli elementi dell'illecito così da attivare la responsabilità in analisi.

3.2 La irragionevolezza dell'esclusione in chiave sistemica: l'art. 2621 *ter* c.c e la ineffettività della tutela

⁵⁵¹ Così GAMBARDELLA, *Modelli di responsabilità e pene per l'ente*, in FIORELLA-GAITO-VALENZANO (a cura di), *op.cit.*, 111

⁵⁵² Cfr. D'ALTILIA, *L'inapplicabilità all'ente della particolare tenuità del fatto riconosciuta in capo all'autore (persona fisica) del reato*, in *arch.pen.* 1/2020, 14

⁵⁵³ Per un approfondimento VASSALLI, *La potestà punitiva*, Torino, 1942, 379

⁵⁵⁴ Vedi RUGGIERO, *Punibilità (voce)*, in *Enc.dir.* XXXVII, Milano, 1123-1124

Un argomento speso a favore della estensione all'ente della particolare tenuità del fatto di reato presupposto è l'esigenza di coerenza sistematica con la contestuale novella della disciplina delle false comunicazioni sociali ed, in particolare, dell'art. 2621 *ter* c.c a mente di cui la particolare tenuità del fatto in tale ambito deve essere valutata secondo un criterio che consideri in via prevalente l'ammontare del danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli art. 2621 e 2621 *bis*. Tale previsione, pertanto, circoscrive la discrezionalità giudiziaria fornendo i criteri interpretativi cui attenersi nella valutazione della non punibilità per particolare tenuità del fatto.⁵⁵⁵

Sicché, l'ente potrà essere sanzionato solo in relazione ai reati di falso in bilancio ordinario e lieve di cui agli artt. 2621 e 2621 *bis* c.c, mentre la sua punibilità è esclusa espressamente per le falsità di cui si apprezza la speciale tenuità.⁵⁵⁶ Pertanto, tale norma, secondo parte della dottrina,⁵⁵⁷ per esigenze di coerenza sistematica dovrebbe indurre a ritenere che la non punibilità dell'ente in caso di proscioglimento ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p dovrebbe costituire la regola, in quanto espressiva del principio secondo cui la esiguità offensiva del reato presupposto consente di rinunciare anche alla pretesa sanzionatoria nei confronti dell'ente.

⁵⁵⁵ Vedi D'ALTILIA, *op.cit.*, 12

⁵⁵⁶ In tal senso SCAROINA, *op.cit.*, 17

⁵⁵⁷ Vedi SCARCELLA, *C'è ancora spazio per la responsabilità dell'ente se il fatto è di particolare tenuità?*, in *Resp.soc.amm.*, 2016, 119 ss.

4. La dimensione delle condotte riparatorie nella disciplina del reato e dell'illecito *ex crimine* dell'ente.

La previsione della estinzione del reato per una condotta *post delictum* particolarmente meritevole sul piano dei contenuti riparativi della offesa cagionata non rappresenta una novità assoluta per il nostro ordinamento che, con un percorso già tracciato, ha utilizzato il procedimento dinnanzi al Giudice di Pace come sede per sperimentare taluni istituti che si ispirano ad una fuga dal processo e dalla sanzione.

In tale quadro si inserisce la previsione delle condotte riparatorie di cui all'art. 162 *ter* c.p che risponde ad un intento deflattivo del contenzioso in una ottica di giustizia riparativa, condotte che, anche in assenza del consenso della vittima, rendono superflua la celebrazione di un processo.⁵⁵⁸ Si tratta di una norma che si iscrive in un ampio intervento novellistico del 2017 in materia processuale e sostanziale, ispirato alla contrazione dei tempi processuali sulla scia di altri interventi introduttivi della particolare tenuità del fatto o della messa alla prova.⁵⁵⁹

Il nostro ordinamento si è da tempo aperto a modelli riparativi, alcuni dei quali ispirati ad una composizione concordata tra le parti, tra cui spicca l'art. 35, d. lgs. n. 274/2000 precursore dell'istituto in commento di cui all'art. 162 *ter* c.p che nei reati procedibili a querela attribuisce al risarcimento del danno una efficacia estintiva del reato, anche contro la volontà della vittima. Sicché, il campo naturale ed elettivo di queste ipotesi di non punibilità pare essere quello dei 'delitti relazionali', ossia di reati in prevalenza offensivi del

⁵⁵⁸ Vedi CAPOROTUNDO, *Estinzione del reato per condotte riparatorie: luci ed ombre dell'art. 162 ter*, in *arch.pen.*, 1/2018

⁵⁵⁹ Cfr. MARUOTTI, *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, in *Quest.giust.*, 3

patrimonio o reati che, pur non offendendo interessi patrimoniali, si caratterizzano per la disponibilità della ‘vittima’ alla patrimonializzazione del danno.⁵⁶⁰

Senonché, le condotte riparatorie trovano questo campo privilegiato e naturale di applicazione, il quale, tuttavia, non è esclusivo in quanto il nostro ordinamento conosce delle fattispecie di non punibilità o attenuanti nelle quali si attribuisce rilievo alle condotte dirette alla neutralizzazione dell’offesa. In tal senso, viene in mente la previsione di cui all’art. 12, d.lgs. n. 231/2001, che attribuisce significato di ‘riduzione della sanzione pecuniaria’ alla condotta riparatoria *post delictum* sotto forma di eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli e adozione di un efficace modello di prevenzione dei reati.⁵⁶¹ Sicché, il ‘significato’ delle condotte riparatorie nell’economia dell’illecito non è univoco, mutando in funzione di plurimi elementi.

Se nelle intenzioni del legislatore l’art. 162 *ter* c.p si sarebbe dovuto applicare a fattispecie di reato dalla ridotta conflittualità sociale, in realtà la previsione normativa non esclude dal suo campo di applicazione fattispecie offensive di beni superindividuali o collettivi che mal ‘digeriscono’ l’estinzione della istanza punitiva per un risarcimento meramente compensativo quale quello in commento, essendo precluso al giudice, che decide della estinzione anche contro la volontà della persona offesa, di condannare ad un *quantum* di sanzione eccedente il danno a titolo di risarcimento punitivo.⁵⁶² Ed è proprio per questo che la causa di estinzione del reato in analisi non può essere espressiva di una forma, seppur

⁵⁶⁰ In tal senso PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 544

⁵⁶¹ Per una visione generale MONGILLO, *La vigilanza sull’attuazione del sistema aziendale di prevenzione dei reati in Italia e nei principali ordinamenti ispanoparlanti: circolazione dei modelli e specificità nazionali*, in FIORELLA-GAITO-VALENZANO, *op.cit.*, 281 ss.

⁵⁶² Così PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 543

embrionale, di giustizia riparativa, in quanto manca nel risarcimento quella imprescindibile componente sanzionatoria né l'effetto estintivo presuppone un effettivo pentimento o è finalizzato alla rieducazione del reo.⁵⁶³

Sul versante della responsabilità dell'ente le condotte riparatorie *post factum* rischiano di creare un cortocircuito in assenza di un effettivo coordinamento tra responsabilità individuale e collettive, in quanto la stretta interpretazione del dato letterale di cui all'art. 8, d. lgs. n. 231/2001, dovrebbe far ritenere la prosecuzione del procedimento a carico dell'ente come nel caso di reati ambientali estinti in quanto non abbiano cagionato un pericolo concreto o un danno alle risorse ambientali.⁵⁶⁴ Tuttavia, si tratta di una norma evidentemente pensata per un numero ristretto di reati al fine di 'coprire' le lacune repressive del diritto penale individuale e che mal si concilia con l'attuale pletora di reati presupposto ed entra in crisi nel rapporto tra la dimensione della punibilità del reato e dell'illecito dell'ente.⁵⁶⁵

Pertanto, è opportuno analizzare partitamente le fattispecie di reato perseguibili a querela e le fattispecie di reato perseguibili alternativamente a querela o d'ufficio, estinguibili tramite condotte riparatorie, per verificarne i rapporti con la responsabilità *ex crimine* della *societas*.

4.1 I reati procedibili a querela

Con riferimento ai reati presupposto della responsabilità della persona giuridica il fenomeno della procedibilità a querela era sconosciuto all'epoca

⁵⁶³ In tal senso MARUOTTI, *op.cit.*, 10

⁵⁶⁴ Vedi MONGILLO, *op.ult.cit.*, 392

⁵⁶⁵ Cfr. SELVAGGI, *Tre temi sulla riforma, op.cit.*, 44 ss.

dell'adozione del decreto n. 231 ed, anche attualmente, conserva un impatto limitato alla ipotesi di falso lieve in bilancio.

A prescindere dal ridotto impatto applicativo, la procedibilità a querela pone una interessante questione in quanto evidenzia una possibile tensione tra la disciplina di cui all'art. 8, d. lgs. n. 231/2001, e la disciplina penalistica in tema di effetti della remissione della querela. Ora, in funzione della applicazione del principio di autonomia della responsabilità dell'ente, estinto il reato presupposto per remissione della querela, resta ferma la responsabilità della *societas* in quanto causa di estinzione diversa dall'ammnistia. Tra l'altro, il reato presupposto, seppur estinto, è integrato in tutti i suoi elementi costitutivi sì da soddisfare la condizione prevista dal decreto n. 231.

Né la conclusione si modifica ove si acceda alla teoria quadripartita, in quanto la remissione della querela partecipa della natura dell'atto revocato, ossia della querela, rispetto a cui la tesi sostanzialistica che ne individuava una condizione di punibilità ha ceduto il passo alla tesi processualistica secondo cui la querela è una condizione di procedibilità.⁵⁶⁶ Sicché, la remissione rende il reato presupposto non procedibile e non anche non punibile, lasciando inalterata la responsabilità dell'ente, poiché con essa la persona offesa, cui spetta attivare la risposta punitiva dello Stato, esprime il suo dissenso al processo senza che un tale atto di volontà di fonte privata possa incidere sulla esistenza del reato.

Tale quadro si pone in tensione con la disciplina degli effetti della remissione della querela di cui all'art. 155 c.p, che afferma il principio dell'effetto estensivo rifiutabile della remissione della querela a favore di tutti i

⁵⁶⁶ Per una efficace sintesi ANGELINI, *La querela: uno "strumento" processuale volto a finalità deflative piuttosto che alla tutela della vittima del reato. è questo il traguardo della politica criminale italiana?*, in *arch.pen.web*, 11 ss.

concorrenti nel reato. Sicché, autorevole dottrina⁵⁶⁷ ritiene che una tale regola dovrebbe valere anche nella ipotesi di una vicenda punitiva complessa come quella che coinvolge l'ente, in quanto l'effetto estintivo consacrato dalla querela si pone quale conseguenza dell'avvenuta riparazione mediante risarcimento del danno. Di tal guisa, se all'ente viene ascritto un rimprovero per aver agevolato la commissione del reato, tale da presentare profili di stretta connessione con questo, l'effetto della remissione, espressiva della volontà della persona offesa di interrompere la vicenda processuale, non può che dirigersi verso l'ente.

Depone verso una soluzione estensiva anche la riconosciuta natura (para) penale della responsabilità della *societas*,⁵⁶⁸ alla quale vanno certamente estesi effetti favorevoli previsti nel diritto penale individuale, sicché, una volta riconosciuto all'ente il ruolo di compartecipe nella vicenda criminosa, non vi sarebbe ragioni ostative ad estendere a suo favore l'effetto estintivo prodotto dalla rimessione della querela.

4.2 La causa sopravvenuta soggettiva di estinzione del reato della condotta riparatoria ex art. 162 *ter* c.p

La causa di estinzione del reato di cui all'art. 162 *ter* c.p, seppur astrattamente potrebbe trovare applicazione per i reati presupposto procedibili a querela, non incide, *de iure condito*, sulla responsabilità da reato dell'ente.

⁵⁶⁷ PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 545

⁵⁶⁸ *Ibidem*, 546

Un regime estensivo a favore dell'ente incontra un duplice ostacolo che non pare superabile in via interpretativa. In primo luogo, si frappone anche in questa ipotesi la 'barriera' del principio di autonomia della responsabilità della *societas*, che non consente di caducare anche la vicenda punitiva di essa.⁵⁶⁹ Orbene, la causa estintiva del reato incide sulla punibilità in astratto e presuppone l'intervento di una sentenza di condanna, che accerti il reato completo nei suoi elementi costitutivi,⁵⁷⁰ sì da ritenere perfezionato il requisito del reato presupposto che attiva la responsabilità ex 231.

In secondo luogo, il decreto n. 231 contiene una speciale disciplina agli artt. 12 e 17, che richiama le condotte riparatorie quali presupposti per attenuare la afflittività delle conseguenze sanzionatorie sotto forma di circostanza attenuante ai sensi dell'art. 12, o di causa di esclusione delle sanzioni interdittive ai sensi dell'art. 17. Sicché, seppur la introduzione della previsione codicistica sia successiva a tale compendio normativo, si tratta di due normative convergenti, il cui rapporto si definisce in forza del principio di specialità con conseguente applicazione del regime punitivo dell'ente, che disciplina autonomamente gli effetti della condotta riparatoria per la persona giuridica.⁵⁷¹

Attenta dottrina⁵⁷² evidenzia le possibili incongruenze di un regime differenziato e non comunicante delle condotte riparatorie, incongruenze che suggeriscono di 'immaginare' un effetto estintivo per l'ente dipendente dalle condotte riparatorie. La 'insensibilità' della responsabilità della persona giuridica alla vicenda estintiva manifesta profili di dubbia costituzionalità. In particolare, si lasciano, così, individuare momenti di tensione con la

⁵⁶⁹ Vedi VISPO, *op.cit.*, 12

⁵⁷⁰ Per una analisi approfondita della nozione di causa di estinzione del reato e del rapporto con le cause di estinzione della pena si veda FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte Generale*, Bologna, 2010, 782 ss

⁵⁷¹ Vedi SCALFATI, *Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro l'ente*, in FIORELLA-GAITO-VALENZANO, *op.cit.*, 438

⁵⁷² *Ibidem*

presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 cpv Cost, in quanto le condotte cui l'ente deve attenersi per beneficiare dello sconto di pena entro il termine indicate sono condotte che implicano il riconoscimento di un danno, di un profitto illecito, della inidoneità dei modelli preventivi, tale che si formi un compendio indiziario di colpevolezza antecedente alla decisione idoneo a produrre effetti definitivi e irreversibili incompatibili con la presunzione di innocenza.⁵⁷³

5. La causa di non punibilità sopravvenuta della 'messa alla prova': tra extrema ratio e sussidiarietà secondaria

La legge n. 67 del 2014 ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato, già sperimentato nel processo minorile ed esteso al rito ordinario, che costituisce una forma di rinuncia alla potestà punitiva condizionata all'esito positivo di un periodo di prova.⁵⁷⁴

Si tratta di un istituto con portata oggettiva limitata ai reati puniti con pena detentiva non superiore a quattro anni, nonché con pena pecuniaria sola o congiunta, o ai reati per i quali è ammessa la citazione diretta a giudizio; nonché con portata soggettiva ristretta essendo esclusi i delinquenti e contravventori abituali, professionali e per tendenza. La sua concessione è subordinata ad una positiva delibazione del giudice, che tenga conto della realizzazione di condotte riparatorie, della predisposizione di un programma

⁵⁷³ Cfr. BELLUTA, *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e 'processo 231'*, Torino, 2018, 107 ss.

⁵⁷⁴ Così PICCIRILLO, *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, in *Riv.dir.pen.contemp.*, 7 maggio 2014, 3

di trattamento e dello svolgimento della prestazione di lavoro di pubblica utilità.⁵⁷⁵

Si tratta di una novità che risponde a due modelli funzionali, in quanto, da un lato, può svolgere funzioni specialpreventive ponendosi come una sorta di affidamento in prova ai servizi sociali anticipato alla fase procedimentale, dall'altro assolve ad una funzione premiale in forza di cui l'imputato rinuncia alla cognizione piena in cambio di un trattamento sanzionatorio più mite.⁵⁷⁶

La messa alla prova, pertanto, valorizza le condotte *post factum* in attuazione del principio della *extrema ratio* dell'intervento punitivo e della sussidiarietà secondaria, in quanto si inserisce all'interno di quella tendenza legislativa diretta ad introdurre strumenti che valorizzino le forme di riparazione dell'offesa alternativa alla sanzione penale con riferimento ad una sfera di criminalità di medio bassa gravità.⁵⁷⁷ Di tal guisa, l'ordinamento rinuncia ad esercitare la propria pretesa punitiva dinnanzi a condotte che, riparando il danno e impegnando il reo in 'percorsi' di risocializzazione, esauriscono il bisogno di punizione, in quanto viene neutralizzata l'offesa e si avvia un processo di rieducazione già in contesti extramurari, tali da rendere la sanzione penale una inutile vessazione.

5.1 La mancata estensione all'ente

Anche per questo istituto in dottrina si è aperto il dibattito intorno alla sua estendibilità all'ente, stante il silenzio del legislatore del 2001 che nella parte

⁵⁷⁵ Vedi MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, 447 ss.

⁵⁷⁶ Cfr. BARTOLI, *La 'novità' della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *dir.pen.contemp.*, 9 dicembre 2015, 1

⁵⁷⁷ In tal senso PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 548

dedicata ai riti speciali tace sul punto. Parte della dottrina⁵⁷⁸ e la giurisprudenza di merito, in particolare una pronuncia del Tribunale di Milano, ha sposato un approccio ostativo fondato su consolidati e conosciuti argomenti. Si sottolinea come il principio interpretativo ‘*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*’ imponga di valorizzare la tassatività delle previsioni testuali, sicché il dato letterale e la natura mista dell’istituto, sostanziale e processuale, precludono l’estensione del beneficio oltre i casi espressamente indicati, tra i quali non vi rientra la responsabilità della *societas*.⁵⁷⁹ Nonché, si oppone il tradizionale argomento del principio di autonomia della responsabilità dell’ente di cui all’art. 8, d.lgs. n. 231/2001, il quale attribuisce effetto di esclusione di tale responsabilità alla sola amnistia, mentre sono irrilevanti le cause di estinzione del reato, tra cui la messa alla prova.⁵⁸⁰ Ulteriore argomento a sostegno della tesi contraria è costituito dal dato letterale, in quanto né l’art. 168 *bis* c.p. né gli artt. 464 *bis* c.p.p. dispongono espressamente la applicabilità dell’istituto a soggetti diversi dalla persona imputata persona fisica, né vale il rinvio contenuto negli artt. 34 e 35, d.lgs. n. 231/2001, che opera le sole disposizioni di carattere processuale in quanto compatibili.⁵⁸¹

Di talché, rimarrebbe la sola via della estensione analogica la quale, tuttavia, produrrebbe un effetto sfavorevole cui osta il principio di legalità e il divieto di analogia *in malam partem*, stante la natura prevalentemente sostanziale dell’istituto. Sul punto, seppur alla messa alla prova sia riconosciuta natura ibrida e anfibia in quanto è ben presente l’effetto processuale sospensivo,⁵⁸² si è identificato nel lavoro di pubblica utilità una parte integrante e

⁵⁷⁸ Vedi RICCARDI-CHILOSI, *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversione dell’ente?*, in *Riv.dir.pen.contemp.*, 10/2017, 52

⁵⁷⁹ *Ibidem*, 53

⁵⁸⁰ Vedi SCALFATI, *op.cit.*, 441

⁵⁸¹ Cfr. VISPO, *op.cit.*, 11

⁵⁸² Cass., SS. UU, 31 marzo 2016, n. 36272, in *Cass.pen.*, 2016, 4334

qualificante della prova cui è sottoposto l'imputato con chiara connotazione di sanzionale penale, stante il contenuto marcatamente afflittivo.⁵⁸³ Pertanto, la concreta configurazione della prova fa emergere, secondo la prospettiva esegetica in analisi, una componente 'punitiva' che assume carattere di prevalenza.

Sicché, il riconoscimento di un contenuto sanzionatorio alla prova cui è sottoposto l'imputato attiva la applicazione dello statuto costituzionale del reato ed in particolare del principio di riserva di legge, il quale va riferito non al precetto, ma alla sanzione rispetto a cui si sostiene la natura assoluta della riserva di legge.⁵⁸⁴ Pertanto, la dimensione punitiva della prova impone di confrontarsi con le garanzie costituzionali che investono la fattispecie penalistica tanto nel precetto quanto nella sanzione, la quale deve essa stessa fondarsi su una idonea base legale.

Di talché, la riserva di legge è declinata in maniera più rigorosa per le sanzioni, per le quali non è ammesso, a dispetto dei reati, un rinvio per una integrazione di carattere tecnico alla fonte secondaria. Così, le esigenze di garanzia connesse alla legalità, le quali si impongono per la qualificazione come pena della prova costitutiva dell'istituto in esame, non consentono una estensione alla disciplina degli enti, in quanto si tratterebbe di applicare una sanzione penale priva di base legale. Non si tratterebbe, pertanto, di una applicazione analogica favorevole, ma di un effetto *in malam partem* come tale non tollerabile in forza della previsione di cui all'art. 25 cpv, Cost.

Inoltre, si tratta di una causa estintiva dal carattere marcatamente personale, in ragione delle condotte di ravvedimento richieste, sì da trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 182 c.p.⁵⁸⁵ Ora, il positivo sindacato

⁵⁸³ Cfr. VISPO, *op.cit.*, 11

⁵⁸⁴ Vedi RICCARDI-CHILOSI, *op.cit.*, 53

⁵⁸⁵ Così PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 548

del giudice che ammette l'imputato alla messa alla prova si fonda su valutazioni soggettive incentrate sulla idoneità del trattamento e su una prognosi di non recidiva, valutazioni compiute sulla singola vicenda e sul singolo autore, tali da non ammettere di essere estese ad altri soggetti. La natura della delibazione del giudice e il contenuto della prova ostano alla estensione degli effetti estintivi della messa alla prova all'ente, in quanto soggetto estraneo alla riparazione del danno e al recupero risocializzante cui si concreta l'istituto in analisi.

5.2 La tesi estensiva: le ragioni special preventive a sostegno della sua 'esportazione all'ente'

Di fronte all'orientamento ostativo, peraltro fondato su un percorso argomentativo già ben consolidato, autorevole dottrina⁵⁸⁶, anche (ma non solo) in una prospettiva *de iure condendo*, ha sostenuto come nel d.lgs. n. 231/2001 sia possibile rintracciare degli istituti precursori della 'messa alla prova', sì da mostrare un sistema punitivo dell'ente evidentemente aperto alle logiche e alle funzioni cui la prova presiede. Di talché, si può riconoscere una 'finalità curativa' alle condotte riparatorie che assumono ora natura di attenuanti ora natura di cause di esclusione della sanzione interdittiva, così come all'istituto del commissariamento di cui all'art. 15. In particolare, quest'ultimo istituto, di carattere eccezionale e come tale di stretta interpretazione, si fonda su un doppio livello sostitutivo sia della componente gestoria sia della sanzione interdittiva, finalizzato alla

⁵⁸⁶ Vedi PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 548

prosecuzione dell'attività dell'ente sotto 'cura' di un soggetto di nomina giudiziale per garantirne un recupero al circuito della legalità a tutela delle ragioni socio-economiche che sorreggono la attività di impresa.⁵⁸⁷ Sennonché, la tesi ostativa, sostenuta dalla giurisprudenza, parrebbe peccare di eccesso di semplificazione secondo parte della dottrina,⁵⁸⁸ in quanto, pur riconoscendo natura ibrida all'istituto della messa alla prova, ne trae arbitrariamente la prevalenza della componente sostanziale. Se la dimensione 'anfibia' del *probation* è resa plasticamente dalla bipartizione della disciplina nel codice di rito e nel codice penale, non può tacersi della rilevanza della componente processuale. In tal senso, soccorrono le riflessioni delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui l'accesso alla messa alla prova si qualifica in primo luogo per la rinuncia dell'imputato al processo ordinario secondo lo schema tipico e ricorrente dei modelli di definizione alternativa del processo dietro il beneficio di un trattamento sanzionatorio più favorevole.⁵⁸⁹

Ed infatti, la messa alla prova si identifica per un effetto certo, ossia la definizione con un modulo alternativo della vicenda processuale, e per un effetto eventuale costituito dall'estinzione del reato condizionata dall'esito positivo della prova.⁵⁹⁰ Sicché, l'istituto in analisi produce un primo effetto processuale di definizione alternativa del procedimento, mentre gli effetti sostanziali si producono in primo luogo su impulso ed iniziativa dell'indagato ed, in secondo luogo, sono subordinati al positivo riscontro della 'prova' sotto il controllo giudiziale.⁵⁹¹

⁵⁸⁷ Per un quadro generale RIPAMONTI, *Articolo 15. Commissario giudiziale*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, *op.cit.*, 332 ss.

⁵⁸⁸ RICCARDI-CHILOSI, *op.cit.*, 53

⁵⁸⁹ Cass., SS. UU., 31 marzo 2016, in *Cass.pen.*, 2016 con nota di AMOROSO, *La disciplina della messa alla prova al vaglio delle Sezioni Unite*

⁵⁹⁰ Cfr. SPAGNOLO, *Il diritto dell'imputato ad essere informato sulle alternative processuali: la Corte Costituzionale riduce, ma non elimina le asimmetrie*, in *Giur.Cost.*, 2016, 1422 ss.

⁵⁹¹ In tal senso PICCIRILLO, *op.cit.*, 33

Sicché, si elide il limite costituzionale della riserva ‘assoluta’ di legge per il trattamento sanzionatorio che non consentirebbe di estendere all’ente tale forma di *probation*, in quanto si tratterebbe di procedimento analogico sfavorevole. Ora, ripristinata correttamente la configurazione della messa alla prova, la certezza dell’effetto processuale prodotto (effetto sospensivo) disattiva le garanzie della riserva di legge che si estendono ai soli trattamenti sanzionatori.

La valenza processuale della messa alla prova consente, secondo la prospettiva esegetica qui richiamata, di superare l’ostacolo costituito dal principio di autonomia della responsabilità dell’ente di cui all’art. 8, d.lgs. n. 231/2001, in quanto in questa diversa ottica, che qualifica il *probation* per il suo effetto certo ed indefettibile di definizione alternativa del procedimento, si tratta della estensione, nell’ambito della vicenda processuale che coinvolge l’ente, di istituti regolati dal codice di rito.⁵⁹² Sicché, rileva il rinvio dell’art. 34, d.lgs. n. 231/2001 alle norme processuali ordinarie in quanto compatibili con la natura e le prerogative dell’ente rispetto a cui la qualificazione di ‘persona’ costituisce il risultato di una finzione giuridica, rinvio che esclude si tratti di un tentativo di estensione analogica, trattandosi piuttosto di applicare la regola normativamente fissata.⁵⁹³ Ed è una norma che assume un rilevante significato ove si consideri come la introduzione dell’istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova sia successiva alla disciplina punitiva dell’ente, sì da lasciar supporre che il mancato coordinamento sia frutto di scarsa coerenza sistematica della novella, che non può precludere all’ente l’accesso ad una forma di ‘fuga’

⁵⁹² Cfr. PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 548

⁵⁹³ In tal senso RICCARDI-MILOSI, *op.cit.*, 57

dalla condanna che consente di ovviare alle carenze organizzative che hanno reso possibile il reato.⁵⁹⁴

Di tal guisa, la questione si sposta sul ‘terreno’ della compatibilità della normativa di cui agli artt. 464 *bis* e ss. c.p.p sotto il profilo strutturale e funzionale. In tal senso, si richiamano⁵⁹⁵ le riflessioni spese in dottrina e giurisprudenza per ammettere la applicazione alla disciplina della responsabilità da reato della *societas* del giudizio immediato e direttissimo, non espressamente disciplinati negli artt.62-64, d.lgs. n. 231/2001, dedicati al regime normativo dei procedimenti speciali a carico dell’ente. Di talché, alla condivisa estensione alla persona giuridica di tali riti consegue l’ammissione alla messa alla prova, in quanto sarebbe irragionevole escludere l’ente da un rito che costituisce una rilevante facoltà difensiva e una significativa opportunità di riorganizzazione dell’ente.

Non si ravvisano profili di tensione con il requisito quantitativo del limite edittale della reclusione non superiore a quattro anni o della pena pecuniaria solo o congiunta, in quanto viene ritenuto riferibile al reato presupposto, cosicché l’accesso alla messa alla prova non deve essere consentito per tutti i reati presupposto, ma deve essere limitato a quelli che soddisfino i requisiti richiesti dalla disciplina prevista per la persona fisica.⁵⁹⁶

Sul versante del contenuto della messa alla prova occorre sciogliere l’alternativa tra una opzione che lo circoscriva alla realizzazione di condotte riparatorio-risarcitorie e correttive del modello e un’altra che richieda ulteriori obblighi.⁵⁹⁷ Verso questa seconda soluzione che richiede contenuti della prova più complessi depongono considerazioni legate ad esigenze di

⁵⁹⁴ Vedi FIDELBO-RUGGIERO, *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La resp.amm.soc.ent.*, 2/2014, 13

⁵⁹⁵ Cfr. RICCARDI-MILOSI, *op.cit.*, 58-59

⁵⁹⁶ RICCIARDI-MILOSI, *op.cit.*, 60

⁵⁹⁷ FIDELBO-RUGGIERO, *op.cit.*, 19

uniformità con la disciplina dedicata dall'art. 168 *bis* c.p per le persone fisiche.

Il tentativo di estensione all'ente della messa alla prova non può prescindere dalla valorizzazione delle finalità dell'istituto, che risponde, oltre che ad una innegabile logica deflattiva, ad una funzione riparatoria e di 'rieducazione' che renda superflua e vessatoria l'inflizione di una sanzione detentiva.⁵⁹⁸

Diventano pregnanti le ragioni special preventive, che vanno coordinate con la funzione esimente assegnata ai modelli di organizzazione, la quale rischia di essere elisa da una generale ammissione della messa alla prova, in quanto l'ente potrebbe essere indotto ad attendere la possibilità di ottenere la prova e, solo in caso di esito negativo, dotarsi di un adeguato modello preventivo.⁵⁹⁹

Di tal guisa, si propone⁶⁰⁰ di ammettere l'ente alla prova a condizione che sia munito, al momento del fatto-reato, di un effettivo modello di organizzazione, non anche di un modello solo formalmente adottato, cosicché il periodo di prova sia finalizzato a verificare la rimozione delle carenze organizzative che hanno reso la persona giuridica 'terreno' di illeciti penali. In particolare, il programma di trattamento si traduce in una serie di misure e strumenti volti a stimolare una 'riorganizzazione virtuosa' dell'ente in ottica di rieducazione da valutare con riferimento alla politica di impresa che ha agevolato il reato.⁶⁰¹

Accanto a tale momento la previsione di cui al comma 2 dell'art. 168 *bis* c.p, che richiede per la persona fisica la prestazione di condotte dirette alla eliminazione delle conseguenze pregiudizievoli del reato e, ove possibile, di

⁵⁹⁸ Vedi BARTOLI, *op.ult.cit.*, 14 ss.

⁵⁹⁹ In tal senso PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 548

⁶⁰⁰ FIDELBO-RUGGIERO, *op.cit.*, 14

⁶⁰¹ In tal senso RICCARDI-CHILOSI, *op.cit.*, 65

forme risarcitorie, si iscrive nella responsabilità dell'ente nel senso di richiedere analoghe condotte che soddisfino l'anima riparatoria compensativa del *probation*.⁶⁰²

La prognosi cui l'art. 464 *quater* c.p.p. subordina la sospensione del procedimento con messa alla prova, individua un momento di tensione con la estensione all'ente, in quanto richiede al giudice di formulare un giudizio di idoneità sul programma di trattamento, nonché un giudizio prognostico sulla astensione dell'imputato dal commettere ulteriori reati, alla stregua dei criteri di cui all'art. 133 c.p. Il riferimento a questi ultimi potrebbe apparire come un ostacolo non superabile, in quanto si tratta di parametri costruiti sul fatto tipico e sulla persona fisica,⁶⁰³ e come tali incompatibili con un giudizio prognostico sull'ente. Tuttavia, una parte della dottrina⁶⁰⁴ ritiene applicabili all'ente tali criteri in ragione di una diversa qualificazione della sua natura e della struttura dell'illecito di cui esso risponde. L'autonomia dell'addebito di responsabilità mosso a carico della persona giuridica che poggia su un fatto autonomo e colpevole⁶⁰⁵ consente di riferire a quest'ultimo un giudizio di maggiore o minore disvalore ai sensi dell'art. 133, c.1, c.p. Nonché, potrà essere valorizzato anche l'elemento soggettivo mediante la analisi del *gap* tra il modello organizzativo adottato e il modello organizzativo esigibile dalla *societas*.⁶⁰⁶

Sicché, per tale via, secondo la ricostruzione esegetica in analisi, il giudice può disporre la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'ente, valutandone la ridotta pericolosità organizzativa, che fonda un positivo

⁶⁰² PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 548

⁶⁰³ PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 549

⁶⁰⁴ Vedi PIVA, *Concorso di persone e responsabilità dell'ente*, *op.cit.*, 131 ss.

⁶⁰⁵ In tal senso FIORELLA, *Dogmatica e responsabilità ex crimine delle persone giuridiche*, in *Riv.it.dir.pen.econ.*, 2016, 637 ss.

⁶⁰⁶ Vedi RICCARDI-CHILOSI, *op.cit.*, 70

vaglio sulla prognosi di interruzione del processo criminoso di cui l'ente risulta parte.

6. La oblazione: causa estintiva delle contravvenzioni nel contesto delle cause di non punibilità del reato

La oblazione⁶⁰⁷ è un istituto ad applicazione soggettiva ristretta, in quanto valevole per le sole contravvenzioni punite con la pena dell'ammenda (c.d. oblazione ordinaria), le quali si estinguono qualora prima della apertura del dibattimento il reo paghi una somma di denaro corrispondente ad un terzo della sanzione massima, oltre le spese, pagamento il quale ha effetto estintivo del reato; nonché alle contravvenzioni punite alternativamente con l'arresto o l'ammenda, qualora nel termine di apertura del dibattimento il giudice ammetta il reo al pagamento di una somma pari alla metà dell'ammenda laddove ritenga che la contravvenzione sia concretamente punibile con l'ammenda (c.d. oblazione speciale).

Si tratta di un istituto che si iscrive in una dimensione deflattiva del dibattimento mediante il riconoscimento della idoneità di una manifestazione di volontà dell'interessato ad arrestare l'iter procedimentale o processuale, senza che ciò assuma il significato di un assoggettamento volontario a pena o ad una composizione bonaria della vicenda punitiva.⁶⁰⁸ Sicché, risultano prevalenti le istanze di prevenzione generale le quali prediligono una rapida definizione della controversia, ancorché non si

⁶⁰⁷ Per un approfondito quadro generale D'ASCOLA, *Oblazione* (voce), in *Enc.giur.*, XXI, 1990

⁶⁰⁸ In tal senso MAZZA, *Oblazione volontaria (dir.pen)*, in *Enc.dir.*, agg.II, 1998, 1

giunga ad una affermazione di responsabilità nei confronti dell'imputato, in luogo di un procedimento ordinario.⁶⁰⁹

Pertanto, risulta pregnante la funzione deflattiva, resa ancor più evidente dalla circostanza che il precedente storico della oblazione è costituito dalla legge n. 2248 del 1865, la quale attribuì competenza alla autorità giudiziaria in materia di contravvenzioni amministrative, di polizia o finanza rispetto a cui la oblazione costituiva un rimedio per deflazionare il carico giurisdizionale che tale devoluzione avrebbe comportato.⁶¹⁰

Parte della dottrina ha evidenziato come tale obiettivo nel nostro ordinamento sia perseguito mediante le cause di non punibilità e non anche mediante le cause di estinzione del reato, in quanto le prime rispondono a 'modelli di autoriduzione' e di 'ridefinizione dei conflitti sociali sottesi al reato' mediante moduli sanzionatori riparativi.⁶¹¹ Di talché, l'oblazione, in quanto strumento di deflazione processuale, sarebbe da iscrivere nel paradigma dei riti alternativi che incidono sulla dimensione della punibilità delle contravvenzione e come tali estendibili all'ente in ragione del rinvio operato dall'art. 34, d. lgs. n. 231/2001.⁶¹² Nonché, secondo taluno si tratterebbe in realtà di una condizione di procedibilità il cui intervento determinerebbe ai sensi dell'art. 37, d.lgs. n. 231/2001, l'improcedibilità dell'illecito dell'ente.⁶¹³

Tuttavia, la dottrina maggioritaria⁶¹⁴ qualifica la oblazione come istituto di carattere sostanziale stante l'effetto di estinzione del reato, nonché vista la sua collocazione sistematica nel capo dedicato all'estinzione del reato e della

⁶⁰⁹ In tal senso MARTINI, *Oblazione (profili sostanziali)*, in *Dig.disc.pen.*, VIII, 1994, 410

⁶¹⁰ *Ibidem*, 404

⁶¹¹ Vedi SCAROINA, *op.cit.*, 9-10

⁶¹² In tal senso MARTINI, *op.cit.*, 409

⁶¹³ Vedi FIDELBO, *Le attribuzioni del giudice penale*, in LATTANZI (a cura di), *op.cit.*, 453 ss.

⁶¹⁴ A titolo esemplificativo M.GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale. Vol.II*, Torino, 2019, 261 ss.

pena. Ciò introduce la questione del rapporto con la punibilità dell'ente, riproponendo anche in questa sede un dibattito che ruota attorno al valore attribuito al principio dell'autonomia della responsabilità da reato dell'ente.

6.1 Autonomia della responsabilità da reato dell'ente e oblazione del reato presupposto

La riconosciuta natura sostanziale all'oblazione quale causa di estinzione del reato ha suscitato un dibattito che investe la dimensione della punibilità del reato e dell'ente e che nel caso di specie assume significato con riferimento a reati suscettibili di essere estinti mediante oblazione. In particolare, si fa riferimento ai reati ambientali inclusi nell'art. 25 *undecies*, d.lgs. n. 231/2001, nonché alle contravvenzioni in materia di esercizio abusivo di attività di giuoco o scommessa di cui all'art. 25 *quaterdecies*.

Anche in tale ipotesi, così come già visto per le altre 'vicende' della punibilità, la dimensione della punibilità dell'ente non reagisce alla oblazione del reato presupposto in forza del menzionato principio di autonomia di cui all'art. 8, che afferma una regola di insensibilità della responsabilità da reato dell'ente rispetto a fattispecie che incidono sulla punibilità in concreto del reato presupposto integrato in tutti i suoi elementi. Tuttavia, è un principio che, all'epoca della sua introduzione, doveva confrontarsi con un numero esiguo di reati, mentre il notevole ampliamento del novero dei reati presupposto rende irrazionale questa 'sordità' della punibilità dell'ente rispetto alla punibilità in concreto del reato.⁶¹⁵

Tra, l'altro la mancata estensione all'ente degli effetti estintivi della oblazione si scontra con un dato alquanto evidente della criminalità di

⁶¹⁵ Vedi SCAROINA, *op.cit.*, 3 ss.

impresa, che rafforza, ancor di più che per le altre cause di non punibilità prima viste, le ragioni di un meccanismo che consenta di applicare il beneficio alla *societas*. Ed infatti, specie in riferimento alla oblazione speciale di cui all'art. 162 *bis* c.p., è spesso la impresa e non il singolo autore del reato, persona fisica, a sopportare il costo del pagamento da cui deriva l'effetto estintivo, sicché, pur gravando il 'peso sanzionatorio' sull'ente, ne beneficia il singolo autore.⁶¹⁶ Per tale via, il rischio è quello di una eterogenesi dei fini, in quanto un tale funzionamento disincentiva la definizione anticipata mediante pagamento di una somma di denaro, in quanto l'ente, che dovrebbe sopportarne l'onere, si troverebbe esposta alla vicenda processuale in una posizione ancor più deteriore, sopportando il pagamento della sanzione oblabile senza alcun beneficio, ma piuttosto con l'aggravio di una difesa 'in solitaria'.

7. La collaborazione processuale: causa soggettiva di non punibilità susseguente e circostanza attenuante nel diritto penale individuale

La legge n. 3/2019 ha introdotto nel nostro ordinamento all'art. 323 *ter* c.p la causa di non punibilità soggettiva susseguente della collaborazione processuale, ricollegando il beneficio della non punibilità per i reati corruttivi per coloro che, prima di avere notizia dello svolgimento delle indagini a loro carico, e comunque entro il limite temporale di quattro mesi dalla commissione del fatto, pongono in essere una condotta particolarmente

⁶¹⁶ Cfr. DI GIOVINE, *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in MANNA (a cura di), *Diritto penale e impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004, 443 ss.

significativa data dalla denuncia volontaria e dalla indicazione di elementi utili e concreti per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili.

Si tratta di una previsione che affianca l'art. 323 *bis* c.p, il quale attribuisce un significato attenuante alla medesima condotta la quale interviene, tuttavia, in un contesto temporale successivo e come tale riduce il disvalore penale ma non lo esaurisce, tanto da meritare una riduzione del carico sanzionatorio, ma non da escluderlo. Il legislatore, per incentivare la anticipata emersione delle fattispecie corruttive e turbative del mercato pubblico, ricorre alla tecnica premiale della non punibilità per favorire forme di ravvedimento che si traducono nella autodenuncia del fatto commesso con conseguente scarico della responsabilità in capo all'altra parte del *pactum sceleris*.⁶¹⁷

Questa causa di non punibilità si iscrive nel sistema della punibilità del reato in chiave del tutto innovativa, in quanto lega la premialità non alla reintegrazione del bene giuridico leso come spesso avviene, ma ad una condotta che consente di superare la condizione di omertà che accompagna tali reati, in guisa da far prevalere l'interesse all'accertamento del reato e alla individuazione dei colpevoli sull'esercizio della pretesa punitiva.⁶¹⁸

Sicché, laddove tale condotta collaborativa si manifesti in una fase anticipata del procedimento, in particolare prima che si abbia notizia delle indagini e comunque non oltre quattro mesi dal fatto, l'interesse processuale fonda il significato di esclusione della punibilità di tale condotta, la quale esprime una scelta volontaria del reo, seppur non necessariamente espressiva di un pentimento, che induce l'ordinamento alla rinuncia alla pena. Si tratta di una logica già conosciuta dal nostro ordinamento che ricorre al c.d 'ponte d'oro'

⁶¹⁷ Vedi STURZO, *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, in *arch.pen.*, 2/2019, 2

⁶¹⁸ *Ibidem*

anche in materia di desistenza volontaria dal delitto tentato, con la differenza che per la prima volta non attribuisce valore di neutralizzazione del bisogno di punizione ad una condotta che incide sul reato, ma piuttosto, esaurito l'iter del reato, valorizza una condotta che ne consenta la sua emersione in sede processuale.

Di talché, si tratta di un istituto il cui obiettivo finale non è la composizione tra vittima e autore dell'illecito, quanto piuttosto la 'rottura' del muro di omertà mediante la valorizzazione di una condotta susseguente il reato, già perfezionato, che mostra fedeltà ai valori istituzionali, come tale di matrice soggettiva e, quindi, ontologicamente non estendibile all'ente.⁶¹⁹

7.1 Le ragioni di opportunità della previsione di meccanismi premiali per la collaborazione dell'ente e possibili cause ostative.

La causa di non punibilità della collaborazione processuale si fonda sulla opportunità di favorire una emersione anticipata dei reati al fine di individuarne e perseguirne i responsabili. Si tratta di una *ratio* che ben si attaglia alla realtà dell'ente rispetto al quale convergono plurime ragioni per introdurre una analoga causa di non punibilità. Ora, verificatosi il reato, l'ente avrebbe interesse alla 'denuncia' dell'autore del reato presupposto le cui responsabilità potrebbero essere accertate in sede processuale, con conseguente composizione delle ragioni dei danneggiati dal reato, nonché

⁶¹⁹ In tal senso PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 547

con la possibilità per l'ente di introdurre correttivi al modello di organizzazione che, avendo consentito il reato, si è mostrato carente.⁶²⁰

Il nostro ordinamento, tuttavia, non incentiva un tale meccanismo virtuoso che induca l'ente alla individuazione dei reati e dei rei, nonché alla mappatura e superamento dei deficit organizzativi, in quanto la condotta collaborativa con l'autorità giudiziaria vale solo per avviare la realizzazione delle condotte riparatorie di cui all'art. 17, d.lgs. n. 231/2001.⁶²¹

Sicché, non si ravvedono ragioni ostative, una volta introdotta la non punibilità per la persona fisica che si rende autrice della condotta di collaborazione di cui all'art. 323 *ter* c.p., per non introdurre una analoga causa di non punibilità per l'ente,⁶²² in quanto, *rebus sic stantibus*, la *societas* è disincentivata da una condotta collaborativa che la esporrebbe ad un certo e incontrovertibile risultato sanzionatorio al termine di un procedimento da essa stessa attivato mediante la 'denuncia'. Con l'ulteriore aggravio, come mostra l'esperienza comparata, di rendere ardua l'emersione di fattispecie di reato nel contesto dalla impresa, ove si sviluppano meccanismi di ostacolo alla individuazione di fenomeni delittuosi.⁶²³

⁶²⁰ Così CENTONZE-MANTOVANI, *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in CENTONZE-MANTOVANI (a cura di), *op.cit.*, 287

⁶²¹ *Ibidem*

⁶²² Cfr. PIERGALLINI, *op.ult.cit.*, 547

⁶²³ Per un approfondimento sugli aspetti comparatistici MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, *op.cit.*, 374 ss.

- Conclusioni -

La analisi della dimensione della punibilità dell'ente nel decreto legislativo n. 231 del 2001 restituisce l'immagine di un sistema punitivo ispirato ad una logica fortemente afflittiva e scarsamente attento al momento premiale dell'ente collettivo, al quale viene richiesto un significativo impegno in sede di adozione e attuazione di modelli preventivi cui non corrisponde un altrettanto significativo beneficio in sede di determinazione delle conseguenze sanzionatorie.

Il modello sanzionatorio così introdotto tradisce la timidezza del legislatore del 2001 in tema di natura della responsabilità della persona giuridica, la cui formale qualificazione come amministrativa, avvalorata da taluni sporadici riferimenti normativi ispirati al diritto amministrativo punitivo, esclude qualsiasi 'canale di comunicazione' tra reato ed illecito dell'ente. La estraneità delle corrispettive sfere di punibilità trova ulteriore conferma nella ricostruzione dell'addebito mosso all'ente come addebito di un illecito autonomo fondato sul fatto di disorganizzazione e sulla colpevolezza per tale fatto, ricostruzione che, da un lato, si frappone a qualsiasi tentativo di estensione di istituti penalistici di favore, nonché dall'altro stimola degli interventi di riforma non ulteriormente rinviabili.

Sicché, la ormai generalmente riconosciuta natura para penale della responsabilità ex decreto n. 231 reclama la individuazione di un corredo di garanzie minime che abbraccino ogni sistema punitivo comunque formalmente denominato. Pare ormai superata una rigida ripartizione tra sistemi di responsabilità in nome di un approccio sostanziale che neutralizza il rischio di facili frodi delle etichette.

Le spinte della giurisprudenza convenzionale nel senso di prevedere un regime minimo a favore di ogni intervento punitivo impongono una seria riflessione intorno alla metodologia di studio interna al fenomeno delle forme punitive, variamente articolare in penali, amministrative e, seppur limitatamente alla delibazione di sentenze straniere, in risarcimenti punitivi. L'approccio effettuale e dinamico del diritto sovranazionale indirizza verso una visione che riconosca una tutela uniforme così da far risultare intollerabili le difformità trattamentali a seconda della qualificazione formale dell'illecito. Sicché, non assume rilevanza la sede dell'accertamento, la forma del provvedimento sanzionatorio ovvero il *nomen iuris*, quanto piuttosto si predilige una analisi degli effetti prodotti dai singoli interventi.

Dinnanzi ad un tale dato incontestabile, in luogo di rifuggire in un atteggiamento conservatore a fronte di un fenomeno di rivoluzione dei 'costumi giuridici' inarrestabile, non resta che immaginare un sistema punitivo unitario che condivida tanto la componente afflittiva quanto quella premiale. Il diritto sovranazionale spinge a superare i nominalismi a favore di un modello che guardi alla *substantiam rerum*, sì da poter ricondurre sotto l'unico "macro insieme" del diritto punitivo tutti gli interventi sanzionatori formalmente penali, amministrativi e di prevenzione, secondo i noti criteri Engel.

Ma, a prescindere da un auspicabile superamento di rigidi formalismi, sul versante dell'ente collettivo sarebbe necessario, in primo luogo, che il legislatore, sospinto dall'esperienza pratica ventennale e dai cortocircuiti cui ha dato luogo il sistema di punibilità delineato dal decreto n. 231, prendesse atto *per tabulas* della natura penale dell'illecito di cui è chiamato a rispondere l'ente, sì da fornire un regime generale della responsabilità della

societas, mutuato dalla disciplina penalistica, su cui innestare un sistema normativo speciale.

Un sottosistema speciale che tenga conto delle specificità e singolarità ontologiche dell'ente che si regge su una *fictio iuridica*. Non si tratta di stravolgere il modello delineato dal legislatore del 2001, ma di garantire uniformità e uguaglianza di trattamento a tutti i soggetti, persone fisiche o giuridiche, destinatari di un intervento punitivo afflittivo mediante il regime penalistico accanto a cui introdurre una disciplina speciale che adatti tanto il contenuto sanzionatorio quanto quello premiale alle specificità dell'ente.

In questo senso, la disciplina sanzionatoria dell'ente dovrebbe ispirarsi ai principi che governano analogo regime per la persona fisica, ove si afferma la centralità, costituzionalmente indicata, della funzione rieducativa. L'attuale modello di sanzioni a carico della persona giuridica si pone in innegabile tensione con una tale funzione, il cui concreto atteggiarsi si traduce nella proporzionalità e necessarietà dell'intervento punitivo.

Il modello 231, in specie con riferimento alle sanzioni interdittive soprattutto nella loro applicazione definitiva, si mostra debitore rispetto alla logica rieducativa, in quanto spostato a favore di una dimensione retributiva che ricorda il modello di illecito anti trust, ove "si punisce per punire". Non può, infatti, negarsi che le sanzioni interdittive assumono i contorni di una 'pena di morte' per l'ente, in quanto determinano il blocco delle attività dello stesso.

Né appare sufficiente il correttivo dell'istituto del commissario giudiziale, da salutare certamente con favore e da valorizzare in una prospettiva *de lege lata*, ma che in una prospettiva di riforma può essere assunto come indice di un riconoscimento implicito da parte del legislatore che il sistema sanzionatorio, soprattutto nel suo contenuto inabilitante, rischia di vessare

oltre modo l'ente e di produrre un effetto dissuasivo di attività economiche. Non si intende, si badi bene, affermare il superamento del sistema delle sanzioni interdittive, ma se ne propone un ridimensionamento informato al principio di proporzionalità che consenta un effettivo recupero dell'ente colpevole al circuito della legalità. Si rende necessario un superamento della inabilitazione definitiva che decreta la morte dell'ente, frustrando gli investimenti economici con un eccesso di rigore che non trova corrispondenza nel diritto penale individuale. Nonché, pare opportuno circoscrivere la discrezionalità giudiziaria nella scelta di tali sanzioni, ancorandole a presupposti e criteri certi che riducano il rischio di valutazioni sproporzionate. Non si vuole certamente riproporre la logica del rapporto di accessorietà, tuttavia, occorre valorizzare la logica della sussidiarietà nella applicazione delle sanzioni interdittive, laddove siano indispensabili per reprimere un contesto criminoso collettivo particolarmente allarmante ed espressivo di un disvalore significativo.

Sul versante della commisurazione delle sanzioni, poi, debole pare il decreto n. 231, le cui indicazioni sono esigue o del tutto inesistenti, in quanto l'illecito di cui risponde l'ente richiede una autonoma valutazione della gravità del fatto e del grado di responsabilità rispetto a cui occorre una presa di posizione del legislatore che limiti la discrezionalità del giudice. Né indicazioni utili possono trattarsi a questi fini dal giudizio di responsabilità della persona fisica, il cui reato costituisce il semplice evento della fattispecie di responsabilità ascritta alla persona giuridica, la cui 'meritevolezza' di punizione va 'quantificata' con riferimento al proprio fatto di disorganizzazione colpevole.

Pur se significativo un tale correttivo, in una ottica di autentica valorizzazione delle istanze di garanzia sottese all'art. 27 Cost., non è

sufficiente, in quanto occorre attribuire un peso specifico anche alla derivazione causale del reato dall'illecito dell'ente, in ragione del fatto che la realtà 'criminale' consegna fattispecie concrete concausali, che indirizzano verso una esatta misurazione del contributo eziologico del fatto di disorganizzazione al reato in quanto espressivo del disvalore meritevole di sanzione.

Il disallineamento tra diritto penale individuale e diritto punitivo della persona giuridica diviene intollerabile in materia di prescrizione, materia alquanto tormentata ove si consumano scontri politici e ove si susseguono interventi sempre più ispirati a logiche stigmatizzanti che entrano in tensione con le fondamenta democratiche e costituzionali del nostro ordinamento.

Al di là del dibattito su questo istituto, che ad avviso di chi scrive costituisce un baluardo di garanzia irrinunciabile e non superabile con riforme che di fatto introducano sospensioni *sine die*, ai fini della responsabilità della *societas* è indubbio che risulti intollerabile l'attuale formulazione dell'art. 22, d.lgs. n. 231/2001.

Ora, la riconosciuta natura (para) penale dell'illecito, a prescindere dal suo futuro ed eventuale recepimento legislativo, è radicalmente incompatibile con un regime prescrittivo modellato sul corrispondente istituto civilistico, fondato su una peculiare efficacia degli atti interruttivi, il cui effetto consiste nel far decorrere un nuovo termine di prescrizione. Non si può non scorgere un profilo vessatorio e di disuguaglianza irragionevole a carico dell'ente, che, pur destinatario di un intervento punitivo accertato in sede di processo penale, si vede applicato il ben più gravoso regime di diritto comune, creando un cortocircuito tra strumenti penalistici e funzionamento civilistico. Non può tacciarsi di secondarietà il rilievo per cui l'accertamento

processual penalistico dovrebbe assorbire il relativo sistema di prescrizione, il quale è senza dubbio influenzato anche dai meccanismi processuali.

Tra l'altro, la prescrizione civilistica è pensata per un sistema che non conosce i 'danni punitivi' e che, in quanto tale, cerca di 'massimizzare' ragionevolmente le ragioni di tutela del danneggiato. Il processo penale, sede di accertamento della responsabilità in analisi, è, o dovrebbe essere, organizzato secondo una logica di tutela delle garanzie dell'imputato presunto non colpevole sino a sentenza definitiva, il quale deve poter contare sull'esauribilità della pretesa punitiva dello Stato se non utilmente azionata entro un termine ragionevole.

Inoltre, queste considerazioni si rafforzano ulteriormente per l'ente, il quale è ontologicamente un soggetto naturalmente propenso alla programmazione e all'investimento, momenti mortificati da una soggezione alle scure del processo penale, che già di per sé costituisce una 'pena', senza alcun termine. Senza, inoltre, considerare come spesso l'ente, nei cui confronti difficilmente matura la prescrizione, si trova costretto a sostenere da solo la difesa all'interno di un processo, ove il reato contestato alle persone fisiche si prescrive, con conseguente aggravio in tensione con il diritto di difesa.

Di talché, si rende necessario immaginare un regime comune della prescrizione del reato e dell'illecito dell'ente, ove si bilanci tra la esigenza di reprimere fatti significativamente offensivi e garanzia dell'ente che non sia chiamato a rispondere anche del disvalore espresso dal fatto di reato prescritto.

Insieme all'art. 22, merita un ripensamento la logica sottesa alla previsione del principio di autonomia della responsabilità in analisi di cui all'art. 8, d.lgs. n. 231/2001, il quale, seppur in astratto condivisibile nella parte in cui esprime una regola di insensibilità della responsabilità dell'ente alle vicende

della punibilità del reato in coerenza con la struttura autonoma del relativo illecito, tradisce uno spirito in parte non più attuale. Questo principio, infatti, si confrontava con un catalogo di reati presupposto alquanto contenuto e con un sistema di cause di non punibilità del reato al pari ridotto, sì da risultare funzionale a normare rare fattispecie di interferenza.

L'ampliamento della categoria dei reati che attivano il modello punitivo contro l'ente, nonché la proliferazione di interventi di non punibilità introdotti nel corso di questi ultimi anni, spesso con funzioni, neanche troppo celate, di deflazione del contenzioso, impongono un coordinamento tra la dimensione della punibilità del reato e la dimensione della punibilità dell'ente. Ad oggi, di contro, la autonomia della responsabilità dell'ente così come sancita dall'art. 8 rappresenta un ostacolo invalicabile a qualsiasi tentativo di comunicazione, pur nella unitarietà della vicenda criminosa unitariamente considerata che dovrebbe rafforzare le ragioni di una disciplina omogenea.

Non sembra più rinviabile uno sforzo legislativo che si impegni a introdurre un compiuto sistema di cause di non punibilità dell'ente, il cui illecito autonomo nei suoi elementi costitutivi lo rende refrattario ad un mero meccanismo di estensione che deriverebbe dal riconoscimento espresso della natura penale della responsabilità. A parer di chi scrive, rispondendo l'ente di un illecito espressivo di un autonomo disvalore che comprende ma non si esaurisce nel reato-evento, la persona giuridica deve essere destinataria di cause di esclusione della sanzione costruite secondo le sue peculiarità.

Si intende sottolineare la opportunità di introdurre un sistema parallelo che, acquisita la natura autenticamente penale dell'addebito mosso alla persona giuridica, costruisca un modello compiuto e razionale, alla luce anche dell'impegno richiesto all'ente in sede di tutela preventiva del rischio reato.

Sembra irragionevole, oltre che per taluni versi vessatorio, coinvolgere l'ente in un compito riservato tradizionalmente all'intervento pubblicistico senza, tuttavia, 'ricompensarlo' con un adeguato sistema di benefici.

Ancor di più, non si comprendono le ragioni a sostegno della esclusione della persona giuridica dal novero dei soggetti che possano beneficiare della oblazione, i cui costi, tra l'altro, nell'ambito delle contravvenzioni commesse nel contesto della impresa sono proprio sostenuti da quest'ultima, che né è onerata pur se esclusa dagli effetti favorevoli. Se l'evento reato è una contravvenzione oblabile, è evidente che il bisogno di punizione di quella vicenda illecita si esaurisce con il pagamento della somma di denaro, in specie ove sia la *societas* a sostenere gli oneri economici. Sicché, continuare ad escludere l'ente dall'ambito applicativo della oblazione significa negare all'ente il riconoscimento in termini di effetti premiali di una condotta che neutralizza il bisogno di punizione.

Ed è proprio la dimensione della 'monetarizzazione' della pena che si presta ad un ampio coinvolgimento dell'ente, sia in quanto costituisce una prospettiva che non richiede visioni antropomorfizzanti, sia in quanto nella prassi si segnala che è spesso la persona giuridica ad avere le disponibilità economiche. La esclusione dell'ente dagli effetti delle condotte riparatorie è, pertanto, in palese contrasto con il reale contenuto delle stesse, in quanto la riparazione del danno e la neutralizzazione delle conseguenze pregiudizievoli dell'evento reato sono opera della persona giuridica. Sicché, sarebbe più ragionevole attribuire all'ente la facoltà di estinguere la vicenda processuale che lo coinvolge mediante condotte che sono di fatto da esso sostenute. Di tal guisa, si eviterebbe all'ente una più aspra risposta sanzionatoria che potrebbe per assurdo avere effetti criminogeni e favorire operazioni distrattivo/speculative. Nonché, si renderebbe l'istituto delle

condotte riparatorie maggiormente attrattivo nell'ambito della criminalità di impresa, in quanto l'ente collettivo non ha interesse a sostenere esborsi economici di cui non riceve benefici.

Se la pena prevista per le persone fisiche è divenuta 'contrattabile', abdicando alle sue tradizionali funzioni in nome di logiche spesso estranee alle garanzie individuali, non si ravvisano ostacoli a prevedere meccanismi di negoziazione a favore dell'ente, il quale è in possesso delle risorse economiche e materiali per neutralizzare l'offesa cagionata dall'illecito con conseguente 'risparmio' di risorse processuali.

Acquisito che le finalità dell'intervento punitivo nei confronti dell'ente collettivo devono essere ispirate alle logiche special preventive, che rinnegano dinamiche sanzionatorie eccessivamente gravose e definitivamente inabilitanti, potrebbe assicurare un forte effetto di recupero alla legalità l'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova. Il programma di trattamento in cui si esprime, pur senza esaurirsi, l'essenza della messa alla prova è perfettamente compatibile con la soggettività dell'ente la cui disciplina già conosce un fenomeno simile quale la nomina del commissario giudiziale.

Ed è proprio l'esperienza di tale istituto che consente di affermare la indefettibilità della previsione di una messa alla prova dell'ente che, sotto l'egida di un tale soggetto, ponga in essere una serie di condotte idonee ad eliminare le carenze organizzative che hanno reso possibile il reato. Si può così agevolmente immaginare un modello di emenda dei vizi organizzativi vagliato dal giudice, in quanto è al fatto illecito dell'ente che occorre guardare e al disvalore da questo espresso che reclama l'istanza punitiva. Assicurata la riparazione del danno, non si comprende perché non premiare l'ente per una condotta che in ogni caso dovrebbe tenere in caso di

applicazione della sanzione, la quale dovrebbe certamente essere orientata al superamento delle carenze organizzative per un recupero dell'ente. Di talché, l'ordinamento non può che aver interesse ad anticipare un momento necessario a ricomporre la conflittualità sorta dall'illecito e a correggere le disfunzioni che hanno consentito il reato, assicurandosi un esito positivo stante la logica premiale che incentiva al virtuosismo a dispetto della logica sanzionatoria.

Anche la clausola di esiguità dell'offesa che rende particolarmente tenue il fatto di reato si presta a dialogare con la disciplina dell'ente, nel senso che, pur se non si intende estenderne gli effetti premiali, pare opportuno sforzarsi nel costruire una clausola di tale tenore reattiva all'ente. Se l'evento costitutivo dell'illecito a carico della *societas* si esprime per la sua esiguità offensiva, che consiglia la rinuncia alla punibilità in concreto della persona fisica, l'ente ha di conseguenza contribuito causalmente con la propria condotta di disorganizzazione ad una offesa che non merita l'intervento punitivo. Sicché, si affermano le medesime considerazioni di opportunità che spingono l'ordinamento a non punire la persona fisica, in quanto il medesimo accadimento non può essere fonte di un trattamento contemporaneamente di favore e deteriore.

Tuttavia, nonostante queste solide considerazioni, il legislatore ha perso una occasione importante per valorizzare la dimensione della punibilità dell'ente con la legge n. 3 del 2019, la quale nell'introdurre la causa di non punibilità della collaborazione processuale ha clamorosamente 'dimenticato' l'ente. Se la *ratio* di tale intervento novellistico è favorire l'emersione anticipata di reati corruttivi e turbativi della Pa, allora non si comprende la esclusione della persona giuridica, che sarà indotta a creare meccanismi elusivi rispetto all'emersione di responsabilità nel contesto della propria organizzazione. Un

reale effetto collaborativo potrebbe essere conseguito solo ove si coinvolga l'ente nella dimensione premiale, che renda maggiormente appetibile favorire la scoperta di illeciti piuttosto che contribuire a 'offuscarli'.

Il rischio che sembra emergere *rebus sic stantibus*, ove la punibilità dell'ente è insensibile alle vicende del reato presupposto, è quello di deprimere le attività economiche, ma soprattutto di inficiare le ragioni di deflazione del contenzioso che spesso animano gli istituti di non punibilità introdotti nel codice penale.

Ad ogni modo, la disciplina recata dal d.lgs. n. 231/2001 presenta dei momenti di disfunzione che rischiano di far implodere un fragile equilibrio ove l'ente è sia chiamato ad assumersi un gravoso compito di prevenzione dei reati, sia chiamato a rispondere di un illecito senza alcuna possibilità di 'redenzione'. Il legislatore del 2001 pare essersi ispirato ad una logica riduttiva fondata sullo schema classico precetto sanzione, sempre attuale ma che si arricchisce oggi di un forte contenuto di non punibilità. Contenuto che non può ignorare dal suo raggio applicativo l'ente, per il quale valgono istanze di 'rieducazione' pari a quelle della persona fisica, non potendosi non segnalare le ragioni economiche che soggiacciono alla responsabilità della persona giuridica, le cui attività vanno corrette secondo una logica della legalità, ma non anche disincentivate. Sicché, non pare ulteriormente rinviabile la previsione di un compiuto 'arsenale' di cause di non punibilità che favoriscano percorsi di 'recupero' dell'ente e un reale impegno nella prevenzione dei reati. Nel quadro di un unitario sistema punitivo minimo crea irragionevoli disuguaglianze un trattamento così differenziato in punto di non punibilità, creando una 'ferita' che deve essere sanata.

- Bibliografia -

AA. VV., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze (15-16 marzo 2002)*, PALAZZO, F., (a cura di), Padova, 2003

AA. VV., *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, STILE, A.M – MONGILLO, V. – STILE G. (a cura di), Napoli, 2013

AA. VV., *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS M. – PERINI A., Torino, 2014

AA. VV., *La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del diritto penale 'globalizzato'*, FIORELLA A. – VALENZANO A.S. (a cura di), Napoli, 2015

AA. VV., *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato. Anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, FIORELLA A. – BORGOGNO R. – VALENZANO A.S. (a cura di), Napoli, 2015

AA. VV., *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, CENTONZE, F. – MANTOVANI, M., (a cura di), Bologna, 2016

AA. VV., *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, BORSARI R. (a cura di), Padova, 2016

AA. VV., *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. Anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, FIORELLA, A., - GAITO A., - VALENZANO A.S, Roma, 2018

AA. VV., *Responsabilità da reato degli enti. Volume III. Diritto processuale*, LATTANZI, G. – SEVERINO, P. (a cura di), Torino, 2020

ALBERTI, G., *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: le linee guida della procura di Palermo*, in *dir.pen.contemp.*, 02 luglio 2015

ALESSANDRI, A., *I soggetti*, in *Il nuovo diritto penale delle società. D.lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di Id, Milano, 2002, 42 ss.

ALESSANDRI, A., *I criteri di imputazione della responsabilità all'ente: inquadramento concettuale e funzionalità*, in STILE, A.M – MONGILLO, V. – STILE G. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, 223 ss.

AMARELLI, G., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2006

AMARELLI, G., *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *Riv.pen. in disCrimen dal 14.12.2018*

AMATO, A., *Finalità, applicazione e prospettive della responsabilità amministrativa degli enti*, in *Cass.pen.*, 2007, 346 ss.

AMODIO, E., *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass.pen.*, 2005, 320 ss.

ANGELINI, M., *La Querela: “strumento” processuale volto a finalità deflative piuttosto che alla tutela della vittima del reato. è questo il traguardo della politica criminale italiana?*, in *Arch.pen.*, 3/2017

AULETTA, G. – SALANITRO, N., *Diritto commerciale*, Milano, 2010

BARTOLI, R., *La “novità” della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *dir.pen.contemp.*, 9 dicembre 2015

BARTOLI, R., *Alla ricerca di una coerenza perduta... o forse mai esistita. Riflessioni preliminari (a posteriori) sul “sistema 231”*, in BORSARI, R., (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, 13 ss.

BARTOLOMUCCI, S., *Il modello di organizzazione e gestione con finalità specialpreventiva*, in *Il corriere giuridico*, 2S/2012, 17 ss.

BARTOLUCCI, M.A., *L’art. 8 d.lgs. n. 231/2001 nel triangolo di Penrose. Tra minimizzazione del rischio reato d’impresa e ‘nuove forme’ di colpevolezza*, in *dir.pen.contemp.*, 2017

BASSI, A. – EPIDENDIO, T., *Etica e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2006

BELLACOSA, M., *Art. 8. Autonomia della responsabilità da reato dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS M. – PERINI A., Torino, 2014, 216 ss.

BELLUTA, H., *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e processo 231*, Torino, 2018

BRUNELLI, D., *Pluralità di illeciti*, in BERNASCONI A. – PRESUTTI A. – FIORIO C. (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, 241 ss.

BUSSON, E., *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in CADOPPI A. – GARUTI G. – VENEZIANI P., (a cura di), *Enti e responsabilità da reato*, Padova, 2010, 194 ss.

CAPOROTUNDO, F., *Estinzione del reato per condotte riparatorie: luci ed ombre dell'art. 162 ter*, in *Arch.pen.*, 1/2018

CAPOTI, P., *Responsabilità da reato dell'ente e fallimento*, in BORSARI, R., (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, 149

CAPUTO, M., *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2017, 149 ss.

CARMONA, A., *Le ricadute dell'ampliamento dei reati presupposto sul modello di organizzazione*, in STILE, A.M – MONGILLO, V. – STILE G. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, 209 ss.

CASTAGNO, J.P – STIGLIANO, A.A., *Lo strano caso delle vicende modificative dell'ente: è giusto punire Jekyll per le colpe di Hyde?*, in *giurispr.pen.*, 1bis/2021, 1 ss.

CATENACCI, M., *Responsabilità dell'ente e compliance aziendale: un'indagine statistica*, in *dir.pen.contemp.*, 17 novembre 2014

CENTONZE, F. – MANTOVANI, M., *Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001*, in *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*,

CENTONZE, F. – MANTOVANI, M., (a cura di), Bologna, 2016, 283 ss.

CERESA GASTALDO, M., *Procedura penale delle società*, Torino, 2019

CERQUA, L.D., *Art. 12. Casi di riduzione della sanzione pecuniaria*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS M. – PERINI A., Bologna, 2014, 285 ss.

CHIARAVAGLIO, P., *Responsabilità da reato della persona giuridica e fallimento della società: un rapporto problematico*, in *dir.pen.contemp.*, 11 dicembre 2012

COCCO, G., *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2004, 90 ss.

COCCO, G., *La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato*, in *dir.pen.comtemp.*, 26 marzo 2014

CORBELLA, S. – POZZA, L., *“Modello 231” e “sistema di controllo interno”*: aree di sovrapposizione e profili di differenziazione. Implicazioni in termini di costi e benefici sull'assetto degli organi di controllo e vigilanza, in CENTONZE F. – MANTOVANI M. (a cura di), *La responsabilità penale degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016. 51 ss.

D'ALTILIA, L., *L'inapplicabilità all'ente della particolare tenuità del fatto riconosciuta in capo all'autore (persona fisica) del reato*, in *Arch.pen.*, 1/2020, 1 ss.

D'ASCOLA, V.N., *Oblazione* (voce), in *Enc.giur.*, XXI, 1990

DE FALCO, G., *Art. 26. Delitti tentati*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS, M. – PERINI, A., Bologna, 2014, 782 ss.

DE MAGLIE, C., *Principi generali e criteri di attribuzione della responsabilità*, in *Dir.pen.proc.*, 2001, 1351 ss.

DE MAGLIE, C., *L'etica e il mercato: la responsabilità penale delle società*, Milano, 2002

DE SIMONE, G., *Il fatto di connessione tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2011,

DE SIMONE, G., *I profili sostanziali della responsabilità c.d amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in VENEZIANI P. – GARUTI G. – CADOPPI A. (a cura di), *Ente e responsabilità da reato*, Padova, 2010, 107 ss.

DE SIMONE, G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012

DE SIMONE, G., *La responsabilità da reato degli enti: natura giuridica e criteri (oggettivi) d'imputazione*, in *dir.pen.contemp.*, 28 ottobre 2012

DE SIMONE, G., *La responsabilità da reato della societas nell'ottica dei principi costituzionali*, in STILE, A.M – MONGILLO, V. – STILE G. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, 261 ss.

DE VERO, G., *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato. Luci ed ombre nell'attuazione della delega legislativa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2001, 1126 ss.

DE VERO, G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO C.F- PADOVANI T.- PAGLIARO A., Milano, 2008

DE VERO, G., *Il progetto di modifica della responsabilità degli enti tra originarie e nuove aporie*, in *dir.pen.proc.*, 10/2010, 1137 ss.

DI BITONTO, M.L., *Studio sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Torino, 2012

DI BITONTO, M.L., *Lineamenti generali del processo a carico degli enti*, in LATTANZI, G. – SEVERINO P., *Responsabilità da reato degli enti. Volume II. Diritto processuale penale*, Torino, 2020, 29 ss.

DI CARLO, *Le vicende modificative*, in SEVERINO-FONTANA (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti. Atti del Convegno Luiss Guido Carli*, Roma, 2003, 84 ss.

DI GIOVINE, O., *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in LATTANZI, G., (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010

DI GIOVINE, O., *La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo*, in MANNA, A., *Diritto penale ed impresa: un rapporto controverso*, Milano, 2004, 443 ss.

DINACCI, U., *La prescrizione dell'illecito dell'ente: alla ricerca di una lettura ragionevole tra inquadramenti sistematici, dato positivo e limiti costituzionali*, in *Arch.pen.*, 2/2020

DONINI, M., *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind.pen.*, 2001, 1035 ss.

DONINI, M., *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Dir.pen.contemp.*, 2015, 236 ss

EPIDENDIO, T., *Il sistema sanzionatoria e cautelare*, in EPIDENDIO T. – BASSI A., *Enti e responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, Milano, 2006

FIDELBO, G., *Misure cautelari nei confronti delle società: primi problemi applicativi in materia di tipologia di sanzioni e limiti all'operatività del commissariamento*, in *Cass.pen.*, 2004, 275 ss.

FIDELBO, G., *Le attribuzioni del giudice penale*, in LATTANZI G., (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 453 ss.

FIDELBO, G., *L'accertamento dell'idoneità del modello organizzativo in sede giudiziale*, in STILE, A.M – MONGILLO, V. – STILE G. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n.*

231/2001. *Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, 173 ss.

FIDELBO, G. – RUGGIERO, R.A., *Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2016, 2, 3 ss.

FIDELBO, G., SILVESTRI, P., *Le cautele interdittive*, in LATTANZI, G., - SEVERINO, P., *Responsabilità da reato degli enti. Volume II. Diritto processuale*, Torino, 2020, 131 ss.

FIGIELLA, A., *Responsabilità penale* (voce), in *Enc.dir.*, XXXIX, Milano, 1988

FIGIELLA, A., *Responsabilità da reato dell'ente collettivo* (voce), in CASSESSE, S., (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5101 ss.

FIGIELLA, A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive*, in *Responsabilità degli enti per i reati commesso nel loro interesse. Atti del Convegno di Roma 30 novembre 1 dicembre 2001*, supplemento al fasc. 6/2003, *Cass.pen.*, 75 ss.

FIGIELLA, A., *Dogmatica e responsabilità ex crimine delle persone giuridiche*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2016, 637 ss.

FIGRELLA, A., *Sulla responsabilità degli enti da reato in una prospettiva di globalizzazione. Il problema della colpevolezza*, in FIGRELLA A. – GAITO A. – VALENZANO A.S., *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, 445 ss.

FIGRELLA, A. – MASUCCI, M., *Logicità, criticità e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2019, 517 ss.

FIGRELLA, A. – SELVAGGI, N., *Compliance programs e dominabilità 'aggregata' del fatto. Verso una responsabilità da reato dell'ente compiutamente personale. Relazione al Congresso italo spagnolo svoltosi presso l'Università degli Studi di Milano il 29 e 30 maggio 2014*, in *dir.pen.contemp.*, 3-4/2014, 106 ss.

FIGRELLA, A. – SELVAGGI, N., *Dall' "utile" al "giusto". Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello 'spazio globale'*, Torino, 2018

FOLLA, N., *Le sanzioni pecuniarie*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, Milano, 2002

FONDAROLI, D., *Art. 19. Confisca, La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS M. – PERINI A., Torino, 2014, 385 ss.

FONDAROLI, D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007

FORTI, G., *Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. n. 231/2001*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2012, 1249 ss.

GAMBARDELLA, M., *Modelli di responsabilità e per l'ente*, in FIORELLA A. – GAITO A. – VALENZANO A.S., *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. Anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, 105 ss.

GEMELLI, P.M., *Giudizio abbreviato*, in LATTANZI G. – SEVERINO P., (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Volume II. Diritto processuale*, Torino, 2020, 237 ss.

GIARDA, P., *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in *Id* (a cura di), *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2010, 230 ss.

GIUNTA, F., *Attività bancaria e responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2004, 6 ss.

GIUNTA, F., *L'ente non punibile. Prendendo spunto dall'evasione fiscale riparata*, in *Rivista231*, 5 ottobre 2020

GUERRINI, R., *La responsabilità da reato degli enti*, Milano, 2007

GUERINI, I., *Il fallimento della società non determina l'estinzione della sanzione a carico dell'ente. Il commento*, in *Dir.pen.proc.*, 2013, 940 ss.

GUERINI, I., *Clausole di esclusione della punibilità e responsabilità degli enti*, in *Resp.soc.amm*, 2016, 131 ss.

GUIDO, E., *I procedimenti speciali*, in *Dir.pen.soc.*, 2009, 1564 ss.

IANNINI, A., *I procedimenti speciali*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS, M. – PERINI, A., Bologna, 2014, 1220 ss.

LAUFFER, W., *Inautenticità del sistema della responsabilità degli enti e giudizio di colpevolezza*, in *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, CENTONZE, F. – MANTOVANI, M., (a cura di), Bologna, 2016, 9 ss.

LECIS, U., *Art. 22. Prescrizione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS, M. – PERINI, A., Bologna, 2014, 424 ss.

LOTTINI, R., *La responsabilità penale delle persone giuridiche nel diritto inglese*, Milano, 2005

LOTTINI, R., *Il sistema sanzionatorio*, in GARUTI, G., (a cura di), *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 146 ss.

MANACORDA, S., *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 1-2/2017, 49 ss.

MANES, V., - TRIPODI, A.F., *L'idoneità del modello organizzativo*, CENTONZE, F. – MANTOVANI, M., (a cura di), *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 137 ss.

MANNA, A., *La responsabilità dell'ente da reato tra sistema penale e sistema amministrativo*, in FIORELLA A. – GAITO A. – VALENZANO A.S., *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. Anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, 15 ss.

MANNA, A., *Riflessioni rapsodiche su offensività, colpevolezza e sistema sanzionatorio nella struttura dell'illecito dell'ente da reato*, in FIORELLA A. – GAITO A. – VALENZANO A.S., *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. Anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, 69 ss.

MARINUCCI, G., "Societas puniri potest": *Uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, 1193 ss.

MARTINI, F., *Oblazione (profili sostanziali)*, in *Dig.disc.pen.*, VIII, 1994

MARUOTTI, R.G., *La nuova causa di estinzione del reato per condotte riparatorie di cui all'art. 162 ter cp tra (presunta) restorative justice ed effettive finalità deflative: prime riflessioni de iure condito*, in www.questionegiustizia.it

MASSARO, A., *La colpa per l'organizzazione come possibile modello (anche) della responsabilità individuale*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. Anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, FIORELLA, A., - GAITO A., - VALENZANO A.S, Roma, 2018, 93 ss.

MASSI, S., *Veste formale e corpo organizzativo nella definizione del soggetto responsabile per l'illecito da reato*, Napoli, 2012

MASUCCI, M., *“Identità giuridica” e “continuità economica” nelle vicende della responsabilità “da reato” dell'ente. Evoluzione e circolazione dei modelli*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 3-4/2014, 735 ss.

MASUCCI, M., *Ratio e sistema dell'illecito (para) penale dell'ente modificato*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2015, 177 ss.

MASUCCI, M., *Dalla storia organizzativa alla colpevolezza dell'ente. Elementi per una ricostruzione delle vicende modificative nel d.lgs. 231/2001*, in *La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del*

diritto penale 'globalizzato', FIORELLA A. – VALENZANO A.S. (a cura di), Napoli. 2015, 51 ss.

MASUCCI, M., *Responsabilità da reato e “vicende modificative”*: dalla “continuità d’azione” alla “colpevolezza”, in BORSARI, R., (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, 133 ss.

MASUCCI, M., *I principi generali del sistema sanzionatorio*, in FIORELLA A. – GAITO A. – VALENZANO A.S., *La responsabilità dell’ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. Anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, 143 ss.

MASUCCI, M., *Il ruolo delle sanzioni interdittive nella disciplina della responsabilità dell’ente da reato*, in FIORELLA A. – GAITO A. – VALENZANO A.S., *La responsabilità dell’ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. Anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, 151 ss.

MAZZA, L., *Oblazione volontaria* (voce), in *Enc.dir.*, Agg.II, Milano 1998

MAZZA, O., *Discrezionalità dell’azione e crisi della legalità nel processo a carico degli enti*, in *La responsabilità dell’ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. Anche in una comparazione con i*

sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli, FIORELLA, A., -
GAITO A., - VALENZANO A.S, Roma, 2018, 421 ss.

MAZZACUVA, F., *L'ingresso dei reati tributari nel sistema di
responsabilità ex crimine degli enti collettivi*, in *Penaledp.it*, 02 novembre
2020

MELIOTA, *Art. 21. Pluralità di illeciti*, in *La responsabilità amministrativa
delle società e degli enti*, diretto da LEVIS M. – PERINI A., Torino, 2014,
419 ss.

MONGILLO, V., *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro
preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e
diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass.pen.*, 2002, 2349 ss.

MONGILLO, V., *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa:
dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, FIORELLA A. –
BORGOGNO R. – VALENZANO A.S., (a cura di), *Prospettive di riforma del
sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato. anche alla luce
della comparazione tra ordinamenti*, Napoli, 2015, 195 ss.

MONGILLO, V., *L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità
da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e
implicazioni penalistiche*, in BORSARI, R., (a cura di), *Responsabilità da
reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, 179 ss.

MONGILLO, V., *La vigilanza sull'attuazione del sistema aziendale di prevenzione dei reati in Italia e nei principali ordinamenti ispanoparlanti: circolazione dei modelli e specificità nazionali*, in *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. Anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, FIORELLA, A., - GAITO A., - VALENZANO A.S, Roma, 2018, 281 ss.

MONGILLO, V., *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2018

MONTALENTI, P., *Dal corporate governance al modello di organizzazione 231. Il coordinamento dei controlli societari*, in STILE, A.M – MONGILLO, V. – STILE G. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, 137 ss.

MOSCARINI, P., *Applicazione delle sanzioni su richiesta e procedimento per decreto*, in *Responsabilità da reato degli enti. Volume III. Diritto processuale*, LATTANZI, G. – SEVERINO, P. (a cura di), Torino, 2020, 245 ss.

MUCCIARELLI, F., *Funzioni e responsabilità dell'organismo di vigilanza*, in STILE, A.M –

MONGILLO, V. – STILE G. (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, Napoli, 2013, 197 ss.

NAPOLEONI, V., *Le vicende modificative: trasformazione, fusione, scissione e responsabilità degli enti*, in *Resp.amm.soc.ent*, 2007, 353 ss.

NAPOLEONI, V., *Le vicende modificative dell'ente*, in LATTANZI G., (a cura di), *Reati e responsabilità degli enti*, Milano, 2010, 783 ss.

NAPOLEONI, V., *Vicende modificative dell'ente*, LATTANZI G., - SEVERINO P. (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Volume II. Diritto processuale*, Torino, 2020, 294 ss,

PALIERO, C.E, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: d'ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr.giur.*, 2001, 847 ss.

PALIERO, C.E, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze (15-16 marzo 2002)*, PALAZZO, F., (a cura di), Padova, 2003, 19 ss.

PALIERO, C.E., *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, 1516

PALIERO, C.E., *Bowling a Columbine: la Cassazione bersaglia i basic principles della corporate liability*, in *Cass.pen.*, 2011, 2256 ss.

PALIERO, C.E., *Art. 7. Soggetti sottoposti all'altrui direzione e modelli di organizzazione dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS M. – PERINI A., Bologna, 2014, 186 ss.

PALIERO, C.E., *La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale*, in *Riv.trim.dir.pen.econ.*, 2018, 175 ss.

PALUMBIERI, E., *Riparazione delle conseguenze del reato*, in CADOPPI A. – GARUTI G. – VENEZIANI P., *Ente e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 232 ss.

PANASITI, M., *Art. 13. Sanzioni interdittive*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS M. – PERINI A., Bologna, 2014, 294 ss.

PAOLOZZI, G., *Vademecum per gli enti sottoprocesso. Addebiti 'amministrativi' da reato (dal d.lgs. n. 231 del 2001 alla legge n. 146 del 2006)*, Torino, 2006

PASCULLI, M.A., *La responsabilità da reato degli enti collettivi nell'ordinamento italiani*, Bari, 2005

PERONI, F., *Il sistema delle cautele*, in GARUTI, G., (a cura di), *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 244 ss.

PICCIRILLO, R., *Prime riflessioni sulle nuove disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*, in *dir.pen.contemp.*, 7 maggio 2014

PIERGALLINI, C., *Sistema sanzionatorio e reati previsti nel codice penale*, in *Dir.pen.proc.*, 2001, 1358 ss.

PIERGALLINI, C., *Societas delinquere et puniri non potest. Riflessioni sul recente (contrastato) superamento di un dogma*, in *Questione giustizia*, 2002

PIERGALLINI, C., *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in GIARDA P. – SEMINARA S., *I nuovi reati societari: diritto e processo*, Padova, 2002, 75 ss.

PIERGALLINI, C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lg. n. 231/2001)*, in *Cass.pen.*, 2013, 376 ss.

PIERGALLINI, C., *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lg. n. 231/2001)*, in *Cass.pen.*, 2013, 842 ss.

PIERGALLINI, C., *Autonormazione e controllo penale*, in *Dir.pen.proc.*, 2015, 261 ss.

PIERGALLINI, C., *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato degli enti*, in *Dir.pen.proc.*, 4/2019, 531 ss.

PIRGU, E., *Per la Cassazione la particolare tenuità del fatto di reato (presupposto) non esclude la responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/2001*, in *dir.pen.contemp.*, 05 aprile 2018

PIVA, D., *La responsabilità del vertice per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011

PIVA, D., *Concorso di persone e responsabilità dell'ente vuoti normativi, incertezze giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in *Arch.pen.*, 1/2016, 1 ss.

POSITANO, G., *L'estinzione della società per azione fra tutela del capitale e tutela del credito*, Milano, 2012

PRESCIANI, C., *Cessione di azienda e responsabilità del cessionario per debiti fisiologici e patologici: disciplina codicistica e normative speciali*, in *Riv.dir.banc.*, 2007, 777 ss.

PRESUTTI, A., *I procedimenti speciali*, in PRESUTTI, A., - BERNASCONI, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2018, 374 ss.

PULITANÒ, D., *La responsabilità “da reato” degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2002, 416 ss.

PULITANÒ, D., *Personalità della responsabilità: problemi e prospettive*, in STILE A.- MANACORDA S. – MONGILLO V., *I principi fondamentali del diritto penale tra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali*, Napoli, 2015, 291 ss.

QUINTANA R., *Art. 28. Trasformazione dell’ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS M. – PERINI A., Bologna, 2014, 807 ss.

QUINTANA R., *Art. 30. Scissione dell’ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS M. – PERINI A., Bologna, 2014, 830 ss.

RICCARDI, M., *Il patteggiamento dell’ente tra equivoci interpretativi e profili di abnormità*, in *giurisprudenzapenale.it*

RICCARDI, M. – CHILOSI, M., *La messa alla prova nel processo “231”: quali prospettive per la diversione dell’ente?*, in *dir.pen.contemp.*, 10/2017, 47 ss.

RIPAMONTI, D., *Art. 15. Commissario giudiziale*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS M. – PERINI A., Bologna, 2014, 332 ss.

RIVERDITI, M., *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Napoli, 2009

RODORF, R., *I criteri di attribuzione della responsabilità. I modelli organizzativi e gestionali idonei a prevenire i reati*, in *Soc.*, 2004, 1299 ss.

ROMANO, M., *Meritevolezza di pena, bisogno di pena e teoria del reato*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, 42 ss.

RUGGIERO, G., *Punibilità* (voce), in *Enc.dir.*, Vol. XXXVII, Milano, 1988, 1118 ss.

RUTA, G., *Art.58. Archiviazione*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS M., - PERINI, A., Bologna, 2014, 1182 ss.

SALCUNI, G., *La valutazione di idoneità dei modelli ed il requisito dell'elusione fraudolenta*, in BORSARI, R., (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, 111 ss.

SANTORIELLO, C., *Art. 70. La sentenza in caso di vicende modificative dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS M. – PERINI A., Bologna, 2014, 1269 ss.

SANTORIELLO, C., *Art. 83. Concorso di sanzioni*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS M. – PERINI A., Bologna, 2014, 1341 ss.

SANTORIELLO, C., *Alcuni profili problematici della disciplina processuale in tema di definizione della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in BORSARI, R., (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, 431 ss.

SANTORIELLO, C., *Note minime in tema di prescrizione della responsabilità da reato degli enti collettivi*, in *giurispr.pen.*, 10/2018

SANTORIELLO, C., *Non punibilità per particolare tenuità del fatto nei confronti dell'autore del reato presupposto e responsabilità amministrativa della persona giuridica: quali i parametri da tenere in considerazione?*, in *giur.pen.web*, 2020

SCALFATI, A., *Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro l'ente*, in FIORELLA A. – GAITO A. – VALENZANO A.S., *La responsabilità dell'ente da reato nel sistema generale degli illeciti e delle sanzioni. Anche in una comparazione con i sistemi sudamericani. In memoria di Giuliano Vassalli*, Roma, 2018, 435 ss.

SCARCELLA, A., *C'è ancora spazio per la responsabilità dell'ente se il fatto è di particolare tenuità?*, in *Resp.soc.amm.*, 2016, 119 ss.

SCAROINA, E., *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in www.sistemapenale.it

SCOLETTA, M.M., *Responsabilità ex crimine dell'ente e delitti colposi di evento: la prima sentenza di condanna*, in *Soc.*, 2010

SCONAMIGLIO, M., *Trasformazione, fusione, scissione e responsabilità penale degli enti*, in *Rass.giur.en.el.*, 2002

SELVAGGI, N., *L'interesse dell'ente collettivo quale criterio di ascrizione della responsabilità da reato*, Napoli, 2006

SELVAGGI, N., *La depenalizzazione e le altre politiche deflattive nelle più recenti iniziative di riforma (con particolare riferimento alle novità introdotte dalla l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *Arch.pen.*, 2/2014, 417 ss.

SELVAGGI, N., *In tema di 'riforma' della responsabilità da reato dell'ente: brevi note tra Europa e Italia*, in FIORELLA A. – BORGOGNO R. – VALENZANO A.S., *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato. Anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Napoli, 2015, 275

SELVAGGI, N., *Tre temi sulla "riforma" della riforma della responsabilità da reato dell'ente*, in BORSARI, R., (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico*, Padova, 2016, 35 ss

SEVERINO, P., *Il sistema di responsabilità degli enti ex d.lgs. n. 231/2001: alcuni problemi aperti*, in CENTONZE, F. – MANTOVANI, M., (a cura di), *La responsabilità “penale” degli enti. Dieci proposte di riforma*, Bologna, 2016, 73 ss.

SFAMENI, P., *Responsabilità patrimoniale e vicende modificative dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, 2002

SFAMENI, P. *Responsabilità patrimoniale dell'ente*, in GIARDA, P., (a cura di), *Responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2010, 243 ss.

SGUBBI, F., *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa*, Bologna, 2019

SGUBBI, F., *Art. 60. Decadenza dalla contestazione*, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS, M. – PERINI, A., Bologna, 2014, 1204 ss.

SGUBBI, F. – ASTROLOGO, A., *Art. 5. La responsabilità dell'ente*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS, M. – PERINI, A., Bologna, 2014, 145 ss.

SICIGNANO, G.J., *Gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese sulla responsabilità “da reato” dell'ente*, in *Dir.pen.contemp.*, 2/2014, 153 ss.

SPAGNOLO, P., *Il diritto dell'imputato ad essere informato sulle alternative processuali: la Corte Costituzionali riduce, ma non elimina le asimmetrie*, in *Giur.Cost.*, 2016, 1422 ss.

SPANGHER, G., *L'irrelevanza del fatto*, in www.dirittogiustiziaminorile.it, 2015

STAMPANONI BASSI, G., *Morte della persona fisica e fallimento della società: le due situazioni non sono assimilabili*, in *giurispr.pen.web*

STELLA, F., *Criminalità di impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1999, 1254

STORTONI, L., *Estinzione del reato e della pena (voce)*, in *Dig.disc.pen.*, Vol. IV, Torino, 1990

STURZO, L., *Tra istanze di efficacia e di giustizia: la nuova causa di non punibilità della collaborazione processuale nei reati contro la P.A.*, in *Arch.pen.*, 2/2019

TIRELLI, M., *I procedimenti speciali*, in GARUTI, G., (a cura di), *La responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002, 321 ss.

VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da UBERTIS – VOENA, Milano, 2012, 330 ss.

VARRASO, G., *Art. 78. Conversione delle sanzioni interdittive*, in *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, diretto da LEVIS, M. – PERINI, A., Bologna, 2014, 1319 ss.

VASSALLI, G., *La potestà punitiva*, Torino, 1942

VASSALLI, G., *Cause di non punibilità*, in *Enc.dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 609 ss.

VASSALLI, G., *Colpevolezza*, in *Enc.giur.Treccani, Vol. VI, Roma, 1988*, 6 ss.

VALENZANO, A.S., *Il rilievo della certificazione dei modelli organizzativi anche con riferimento all'esperienza cilena*, in FIORELLA A. – BORGOGNO R. – VALENZANO A.S., *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato. Anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, Napoli, 2015, 161

VIGANÒ, F., *Responsabilità da reato degli enti. I problemi sul tappeto a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001*, in *Libro dell'anno del Diritto 2012*

VIGANÒ, F., *Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *Dir.pen.contemp.*, 2013, 26 ss.

VIGANÒ, F., *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in PALIERO C.E – MOCCIA S. – DE FRANCESCO G.A. –

INSOLERA G. – PELLISSERO M. – RAMPIONI R- RISICATO L. (a cura di), *La crisi della legalità. Il sistema vivente delle fonti penali*, Napoli, 2016

VIGNOLI, F., *Societas puniri potest: profili critici di un'autonoma responsabilità dell'ente collettivo*, in *Dir.pen.proc.*, 2004, 906 ss.

VILLANI, E., *Alle radici del concetto di 'colpa di organizzazione' nell'illecito dell'ente da reato*, Napoli, 2016

VISPO, D., *Il procedimento a carico degli enti: quali alternative alla punizione?*, in *legisl.pen.*, 25 novembre 2019

VITARELLI, T., *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, 2008

VIZZARDI L., *Commento ali artt. 16, 17,18,19, 79 d. lgs. n. 231/2001*,
BERNASCONI A. – PRESUTTI A. – FIORIO C. (a cura di), *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al D.legisl. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008

